Das Zurückbehaltungsrecht des § 1000 B.G.B.

Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde bei der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Schlesischen Friedrich-Wilhelms-Universität zu Breslau

vorgelegt von

Heinrich Klug
Gerichts-Referendar.

§

Breslau 1930

Breslauer Genossenschafts-Buchdruckerei, E. G. m. b. H., Breslau 1, Ursulinerstr. 1.

Gedruckt mit Genehmigung der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Breslau.

Berichterstatter: Prof. Dr. Schott.

Meinen Eltern!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546319_0138

Inhaltsübersicht.

Seite

§ 1. Einleitung 7

§ 2. Die Grundlage des dem Besitzer durch § 1000 B.G.B. gewährten Zurückbehaltungsrechts 7

§ 3. Das Verhältnis des § 1000 B.G.B. zu § 273 B.G.B. 10

§ 4. Der Zweck des Zurückbehaltungsrechts des § 1000 B.G.B. . . 14

§ 5. Ist das Zurückbehaltungsrecht des § 1000 B.G.B. ein Recht zum Besitz im Sinne des § 986 Abs. 1 Satz 1 B.G.B.? 14

§ 6. Die Wirkungen des Zurückbehaltungsrechts des § 1000 B.G.B. 26

I. In materieller Hinsicht 26

II. In prozessualer Hinsicht 32

§ 7. Die besonderen Wirkungen des Zurückbehaltungsrechts des § 1000 B.G.B. 37

I. In der Zwangsvollstreckung 37

II. In der Zwangsversteigerung 38

III. Im Konkurse 44

§ 1. Einleitung.

Gegenstand der folgenden Arbeit ist das dem Besitzer wegen der ihm zu ersetzenden Verwendungen gewährte Zurückbehaltungsrecht des § 1000. Dabei sollen in erster Linie einige Zweifelsfragen, die bezüglich dieses Zurückbehaltungsrechts bestehen, zur Erörterung gelangen. So wird unter anderem auf das Verhältnis des § 1000 zu § 273 und auf die in neuerer Zeit verschiedentlich behandelte Frage, ob das Zurückbehaltungsrecht des § 1000 ein Recht zum Besitz im Sinne des § 986 Abs. 1 Satz 1 ist, eingegangen werden. Alsdann sollen seine Wirkungen in materieller und prozessualer Hinsicht zur Behandlung gelangen. Den Schluß bildet die Darstellung der besonderen Wirkungen des Zurückbehaltungsrechts des § 1000 in der Zwangsvollstreckung, Zwangsversteigerung und im Konkurse des Eigentümers.

§ 2. Die Grundlage des dem Besitzer durch § 1000 B.G.B. gewährten Zurückbehaltungsrechts.

§ 1000 bestimmt, daß der Besitzer die Herausgabe einer Sache verweigern kann, bis er wegen der ihm zu ersetzenden Verwendungen befriedigt wird. Dieses Zurückbehaltungsrecht kann gegenüber jedem Dritten, der die Herausgabe der Sache begehrt, geltend gemacht werden. Bei den folgenden Betrachtungen werde ich immer den Fall behandeln, daß der Eigentümer die Herausgabe fordert, da dieser am meisten vorkommt. Das Zurückbehaltungsrecht wird dem Besitzer nicht gewährt, wenn er die Sache durch eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung erlangt hat.

§ 1000 gehört zu den Rechtsbehelfen, die der Gesetzgeber in den §§ 1000—1003 dem Besitzer wegen der ihm zu ersetzenden Verwendungen gegenüber dem Eigentümer gewährt. Den Umfang der dem Besitzer zustehenden Verwendungsansprüche bestimmen die §§ 994—999. Der Erstattungsanspruch ist vom Gesetzgeber verschieden geregelt, je nachdem, ob der Besitzer redlich oder unredlich ist. Ferner muß man zwischen notwendigen und nicht notwendigen Verwendungen unterscheiden.

Nach § 994 Abs. 1 kann der redliche Besitzer Ersatz der notwendigen Verwendungen, mit Ausnahme der gewöhnlichen Erhaltungskosten für die Zeit, für welche ihm die Nutzungen verbleiben, schlechthin verlangen. Eine Begriffsbestimmung für Verwendungen gibt uns das Gesetz nicht. Man wird unter Verwendungen „die auf die Sache aufgewendeten vermögenswerten Leistungen zu verstehen" haben.[1]) Notwendige Verwendungen sind dann solche, welche einer „ordnungsmäßigen Bewirtschaftung und Verwaltung der Sache" entsprechen.[2]) Ferner kann der redliche Besitzer nach § 995 unter bestimmten Voraussetzungen Ersatz der Aufwendungen, die er zur Bestreitung von Lasten der Sache macht, ersetzt verlangen.

Nach dem Eintritt der Rechtshängigkeit wird dem redlichen Besitzer, dem der unredliche Besitzer insofern gleichsteht, Ersatz der notwendigen Verwendungen nur nach den Grundsätzen über die Geschäftsführung ohne Auftrag gewährt (§§ 994 Abs. 2, 990). Ihm steht daher ein Ersatzanspruch für die notwendigen Verwendungen zu, wenn der Eigentümer sie genehmigt (§ 684 Satz 2), oder wenn sie zur rechtzeitigen Erfüllung einer dem Eigentümer im öffentlichen Interesse obliegenden Pflicht erforderlich sind (§§ 679, 683 Satz 2). In allen anderen Fällen müssen die notwendigen Verwendungen dem Interesse und dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn, in unserem Falle also des Eigentümers entsprechen, damit der Besitzer ihren Ersatz begehren kann (§ 683). Ob eine notwendige Verwendung dem Interesse des Eigentümers entspricht, ist dabei nach objektiven Gesichtspunkten zu beurteilen. Dies ergibt sich aus der Gegenüberstellung von „Interesse" und „dem wirklichen oder dem mutmaßlichen Willen" in § 683, denn mit den Worten „dem wirklichen oder dem mutmaßlichen Willen" ist dem objektiven Moment des Interesses ein subjektives gegenübergestellt.[3]) In den meisten Fällen werden die notwendigen Verwendungen dem Interesse des Eigentümers entsprechen, da sie die Folge einer ordnungsmäßigen Bewirtschaftung und Verwaltung der Sache sind. Zu dem subjektiven Erfordernis des § 683 ist zu bemerken, daß der mutmaßliche Wille des Eigentümers erst dann Berücksichtigung findet, wenn der wirkliche Wille sich nicht feststellen läßt.[4]) Die Ansicht,[5]) daß die Voraussetzungen des § 683 schon er-

---

[1]) Staudinger, § 994 Bem. A. a.

[2]) Staudinger, § 994 Bem. B. 2 a.

[3]) Planck, § 683 Bem. 2 a. A. A. Isay, a. a. O. S. 134; Endemann I § 178, Bem. 3 a.

[4]) Komm. v. R.G.R. § 683 Bem. 3; Staudinger, § 683, Bem. I 1 b.

[5]) So Isay, a. a. O. S. 136.

füllt seien, wenn die Geschäftsführung dem mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn entspreche, ohne daß es auf dessen wirklichen Willen ankomme, ist abzulehnen. Gegen sie spricht auch die Bestimmung des § 683 Satz 2, die als Ausnahmevorschrift für die Fälle des § 679 den wirklichen Willen des Geschäftsherrn ausschließt. Der mutmaßliche Wille ist allein aus der Person des Geschäftsherrn herzuleiten.[6]) Es ist also unter Berücksichtigung aller Umstände festzustellen, wie der Geschäftsherr verständigerweise in entsprechender Lage seinen Willen gestaltet hätte. Sind diese Voraussetzungen nicht erfüllt, dann kann der unredliche Besitzer nur nach Maßgabe des § 684 Ansprüche wegen ungerechtfertigter Bereicherung erheben.

Für andere als notwendige Verwendungen bestimmt das Gesetz im § 996, daß der Besitzer nur Ersatz verlangen kann, wenn sie vor Eintritt der Rechtshängigkeit oder der Unredlichkeit gemacht worden sind und nur insoweit, als sie im Zeitpunkt der Wiedererlangung der Sache durch den Eigentümer deren Wert noch erhöhen.

Der Besitzer kann auch für die Verwendungen eines Vorbesitzers, dessen Rechtsnachfolger er geworden ist, in demselben Umfang, wie dieser es könnte, Ersatz verlangen (§ 999 Abs. 1). Er kann weiterhin vom Eigentümer Ersatz der Verwendungen fordern, die vor dessen Eigentumserwerb gemacht worden sind (§ 999 Abs. 2).

Besondere Vorschriften gelten bezüglich der Kosten für die Gewinnung von Früchten. Sind die Früchte bereits getrennt und nun herauszugeben, dann kommt § 102 zur Anwendung. Dem Besitzer sind die Gewinnungskosten nur insoweit zu ersetzen, als sie einer ordnungsmäßigen Wirtschaft entsprechen und den Wert der Früchte nicht übersteigen. § 102 berücksichtigt sowohl den redlichen als auch den unredlichen Besitzer. So ist z. B. der unentgeltliche redliche Besitzer nach § 988 herausgabepflichtig. Sind die Früchte noch nicht getrennt, dann regelt sich die Ersatzpflicht für etwaige Gewinnungskosten nach den allgemeinen Bestimmungen. Nur bei landwirtschaftlichen Grundstücken gilt die Sonderbestimmung des § 998. Auch für diese Vorschrift ist es ohne Belang, ob der Besitzer gutgläubig oder bösgläubig ist, denn § 998 will verhindern, daß der Besitzer das Grundstück deshalb nicht bestellt, weil er fürchtet, keinen Ersatz seiner Verwendungen zu erhalten.

---

[6]) Siehe Komm. v. R.G.R. § 683 Bem. 3; a. A. Isay, a. a. O. S. 134.

§ 3. Das Verhältnis des § 1000 B.G.B. zu § 273 B.G.B.

Nachdem die Grundlage des im § 1000 dem Besitzer gewährten Zurückbehaltungsrechts festgestellt worden ist, können wir im folgenden auf das Verhältnis von § 1000 zu § 273 eingehen. Im Anschluß an die Bestimmung des § 1000 ist die Meinung vertreten worden, daß der Gesetzgeber durch diese Vorschrift ein besonderes sachenrechtliches Zurückbehaltungsrecht regeln wollte.[7]) So führt Schollmeyer aus, daß im § 1000 ein gesetzliches dingliches Retentionsrecht gegenüber der Eigentumsklage geschaffen worden sei. Er beruft sich zur Begründung seiner Ansicht auf eine Stelle in den Protokollen,[8]) wo es heißt, daß außerhalb des Obligationenrechts das Zurückbehaltungsrecht für diejenigen Verhältnisse, in welchen es stattfinden soll, durch besondere Gesetzesvorschriften zu regeln sei. Auch Rieger kommt aus ähnlichen Erwägungen heraus zu dem Schluß, daß das Zurückbehaltungsrecht des § 273 und das des § 1000 zwei selbständige Rechtsbildungen seien und daher gegenüber dinglichen Ansprüchen allein das Zurückbehaltungsrecht wegen Verwendungen gegeben sei. Er hebt besonders hervor, daß durch Aufnahme des Zurückbehaltungsrechts in das Recht der Schuldverhältnisse die Tendenz verwirklicht worden sei, seine Geltung auf dieses Gebiet zu beschränken. Außerhalb des Obligationenrechts habe man für einzelne Fälle Sonderbestimmungen geschaffen.

Einen Grund zu solchen Annahmen können die Protokolle bieten.[9]) In den Kommissionsberatungen wurde zwar anerkannt, daß sich das Zurückbehaltungsrecht nicht auf das Obligationenrecht beschränke. Bei Beratung des Sachenrechts sollte jedoch erwogen werden, ob eine besondere Bestimmung über die analoge Anwendung des Zurückbehaltungsrechts auf dingliche Ansprüche zu treffen sei. Weiterhin war man sich darüber nicht einig, ob es in den Allgemeinen Teil aufgenommen werden sollte. Dies wurde schließlich abgelehnt, weil eine solche Verallgemeinerung des Zurückbehaltungsrechts zu verwerfen sei, da es schon im Obligationenrechte in gewissen Fällen, wo seine Ausübung sich mit dem Inhalt des Schuldverhältnisses nicht vereinbaren lasse, ausgeschlossen werden müsse. Es heißt dann in den Protokollen weiter: „Der Entwurf habe es deswegen vorgezogen, außerhalb des Gebietes des Obligationenrechtes das Zurückbehaltungsrecht für diejenigen Verhältnisse, in welchen es stattfinden soll, durch besondere Vorschriften zu ordnen."

---

[7]) So insbesondere: Schollmeyer, Vorbem. und Bem. 2 b zu § 273; Rieger, a. a. O. S. 17 und S. 49 ff.; Steinbach, a. a. O. S. 25; Morgenroth, a. a. O. S. 92 ff.

[8]) Prot. Bd. I S. 312.

[9]) Prot. Bd. I S. 312.

Diese Ausführungen der Protokolle sind unklar. Mit Recht hebt deshalb Schlegelberger[10]) hervor, daß, wenn man ein besonderes sachenrechtliches Zurückbehaltungsrecht schaffen wollte, es der Hervorhebung der analogen Anwendung des Zurückbehaltungsrechts des § 273 im Gebiete des Sachenrechts nicht bedurft hätte. Andererseits wäre aber bei analoger Anwendung des § 273 ein besonderes sachenrechtliches Zurückbehaltungsrecht überflüssig. Diese Stelle der Protokolle ist daher nicht geeignet, zur Begründung der Ansicht, daß im Gebiete des Sachenrechts nur das Zurückbehaltungsrecht wegen Verwendungen Berücksichtigung findet, angeführt zu werden.

Ein Satz in den Motiven[11]) kann ebenfalls nicht zu der Auffassung verleiten, daß es ein sachenrechtliches Zurückbehaltungsrecht gibt. Dort heißt es zwar in der Begründung zu den §§ 233, 234 des ersten Entwurfes: „Für das B.G.B. kann es sich nur um Anerkennung und Ordnung des obligatorisch wirkenden Zurückbehaltungsrechts handeln." Diese Hervorhebung des obligatorischen Zurückbehaltungsrechts geschah jedoch, um es dem kaufmännischen gegenüberzustellen. Kurz vorher war nämlich in den Motiven[12]) zum Ausdruck gekommen, daß von einer Anwendung des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts für den bürgerlichen Verkehr keine Rede sein könne.

Bestehende Zweifel über das Verhältnis des § 1000 zu § 273 beseitigt die Entstehungsgeschichte des § 273. Die Verfasser des ersten Entwurfes hielten eine Bestimmung des Inhalts für erforderlich, wonach die §§ 233, 234 E. I (jetzt §§ 273, 274) überall Anwendung finden sollten, wo das Zurückbehaltungsrecht dem Schuldner vom Gesetzgeber gewährt worden ist (§ 236 E. I). Dabei sollte es gleichgültig sein, in welchem Teile des Gesetzbuches dies geschehe.[13]) Die Kommission für die zweite Lesung strich diese Bestimmung, da durch die Hinzufügung des eingeklammerten Wortes „Zurückbehaltungsrecht" im § 233 E. I, dieses einen terminus technicus darstellt. Die §§ 233, 234 E. I sollten also überall dort gelten, wo das Gesetz ein Zurückbehaltungsrecht geschaffen hat.[14]) Berücksichtigt man diese Ausführungen, dann folgt daraus, daß die §§ 273, 274 im Gebiet des Sachenrechts durch § 1000 nicht aus-

---

[10]) Schlegelberger, a. a. O. S. 95.
[11]) Mot. Bd. II S. 41.
[12]) Mot. Bd. II S. 41.
[13]) Mot. Bd. II S. 44.
[14]) Prot. Bd. I S. 313, siehe auch Schlegelberger, S. 98 ff.

geschlossen sind. Auch der Gebrauch des Wortes „Zurückbehaltungsrecht“ in § 1000 weist darauf hin.

Gegen die Annahme eines sachenrechtlichen Zurückbehaltungsrechts sprechen weiterhin die Motive,[15]) wo es an einer Stelle heißt: „Die Voraussetzungen des Zurückbehaltungsrechts des Besitzers (§§ 233—236) sind zwar bei Anwendung der allgemeinen Normen des Obligationenrechts auf den dinglichen Anspruch und bei Einräumung eines vollgültigen Anspruches, nicht bloß einer Einrede, an den Besitzer an sich schon gegeben, doch erscheint die Beseitigung eines jeden möglichen Zweifels zweckmäßig.“ Aus dieser Bemerkung der Motive geht hervor, daß der Gesetzgeber durch die Bestimmung des § 1000 Zweifel bezüglich der Anwendbarkeit des § 273 gegenüber dinglichen Ansprüchen ausschließen wollte. Diese konnten insofern entstehen, als § 273 Abs. 2 einen fälligen Gegenanspruch voraussetzt, nach § 1001 aber der Besitzer den Anspruch auf den Ersatz der Verwendungen erst geltend machen kann, wenn der Eigentümer diese genehmigt hat.[16]) Der andere Fall des § 1001, wonach der Besitzer den Ersatzanspruch geltend machen kann, wenn der Eigentümer die Sache wiedererlangt, kommt nicht in Betracht, da Voraussetzung des Zurückbehaltungsrechts des § 1000 der Besitz der Sache ist. § 1000 dehnt also das Zurückbehaltungsrecht des § 273 auf nicht fällige Gegenansprüche aus und bedeutet daher nicht eine Beschränkung des § 273 im Gebiete des Sachenrechts. Es läßt sich zusammenfassend sagen, daß die Bestimmung des § 273 in gleicher Weise gegenüber persönlichen wie dinglichen Ansprüchen zur Anwendung gelangt, wobei § 1000 nur Zweifel im Hinblick auf § 1001 beseitigen soll und insoweit als die engere Vorschrift den § 273 Abs. 2 zurückdrängt.[17]) Falsch ist es daher, aus dem Umstande, daß dem Besitzer das Zurückbehaltungsrecht auch wegen nicht fälliger Ansprüche zusteht, zu folgern, daß die Einrede des § 1000 mit der des § 273 nichts zu tun hat, und daß das Gesetz im § 1000 ein besonderes sachenrechtliches Retentionsrecht geschaffen hat.[18])

Für die hier vertretene Auffassung spricht schließlich noch die Stellung des § 1000 im Gesetz. Dieses Zurückbehaltungsrecht ist nicht in einem allgemeinen Teil des Sachenrechts geregelt, sondern findet sich unter den Bestimmungen, die den Anspruch des Besitzers auf Ersatz der Verwendungen regeln. In diesem Zusammenhang hat der Gesetzgeber den § 1000 als „Vorsichtsparagraphen“ eingefügt.[19])

---

[15]) Mot. Bd. III S. 416.
[16]) Wolff, § 86, Bem. V 1, 16.
[17]) So auch Oertmann, § 273, Bem. 1 b?
[18]) Steinbach, a. a. O. S. 24 ff.; Morgenroth, a. a. O. S. 98.
[19]) Schlegelberger, a. a. O. S. 96.

Zu einer anderen Auffassung über das Verhältnis des § 1000 zu § 273 gelangt auch Langheineken.[20]) Er nimmt an, daß Satz 1 des § 1000 nicht als eine Erscheinungsform des Zurückbehaltungsrechts anzusehen sei, wie man es aus Satz 2 dieser Vorschrift schließen könnte, sondern daß es sich um eine selbständige Einrede handele. Er begründet seine Ansicht damit, daß der Gegenanspruch auf Ersatz der Verwendungen erst mit der Genehmigung des Eigentümers fällig werde (§ 1001), anderenfalls wäre § 1000 Satz 1 entbehrlich gewesen. Er führt dann weiter aus, daß, wenn der Eigentümer die Sache zurückbekommt, sein Anspruch auf Herausgabe untergehe, und damit die Einrede gegenstandslos werde. Genehmigt dagegen der Eigentümer die Verwendungen, so bleibe sein Anspruch bestehen, die Einrede des § 1000 Satz 1 entfalle jedoch. An ihre Stelle tritt die Einrede des Zurückbehaltungsrechts, denn jetzt seien alle Voraussetzungen des § 273 Abs. 2 erfüllt, da der Anspruch auf Ersatz der Verwendungen fällig geworden sei. Damit ist für ihn auch die Bedeutung des Wortes „Zurückbehaltungsrecht" in § 1000 Satz 2 geklärt.

Die Annahme, daß Satz 1 des § 1000 eine selbständige „Einrede der mangelnden Genehmigung von Verwendungen" schafft, läßt sich nicht halten, wenn man berücksichtigt, daß die Genehmigung für § 1000 Satz 1 bedeutungslos ist. Wenn § 1000 dem Besitzer ein Leistungsverweigerungsrecht einräumt, „bis er befriedigt wird", so geht daraus deutlich hervor, daß die Genehmigung des Eigentümers auf dieses Leistungsverweigerungsrecht ohne Einfluß ist. Sie hat lediglich zur Folge, daß der Besitzer seinen Ersatzanspruch geltend machen kann. Die Ansicht, daß mit der Genehmigung der Verwendungen die Einrede aus § 1000 Satz 1 entfällt und an ihre Stelle das Zurückbehaltungsrecht des § 273 tritt, ist nach dem Gesetz durch nichts gerechtfertigt und daher abzulehnen.

Es besteht kein Unterschied zwischen Satz 1 und Satz 2 des § 1000, denn er würde dazu führen, daß derjenige, der die Sache durch eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung erlangt hat, nach Satz 1 des § 1000 die Herausgabe der Sache bis zur Genehmigung der Verwendungen verweigern könnte. Langheineken hat ferner Unrecht, wenn er zur Begründung seiner Auffassung anführt, daß § 1000 Satz 1 überflüssig wäre, wenn man annehmen wollte, daß es sich in Satz 1 um ein Zurückbehaltungsrecht handele, denn wie oben gezeigt worden ist, soll § 1000 Zweifel beseitigen, die im Hinblick auf § 1001 entstehen können.[21])

---

[20]) Langheineken, a. a. O. S. 295 ff.

[21]) So auch Grevel,, a. a. O. S. 64 ff.

§ 4. Der Zweck des Zurückbehaltungsrechts des § 1000 B.G.B.

Das Zurückbehaltungsrecht des § 1000 entspricht der Billigkeit. Es wäre unbillig, wenn der Eigentümer seinen Herausgabeanspruch durchsetzen könnte, ohne gleichzeitig den Besitzer wegen der diesem zustehenden Verwendungsansprüche zu befriedigen. Zweck des Zurückbehaltungsrechts ist die Sicherung des Besitzers. Er soll bis zu seiner Befriedigung die Sache als Sicherheit in den Händen behalten. Von verschiedenen Seiten[22]) wird dem Zurückbehaltungsrecht außerdem der Charakter eines Zwangsmittels beigelegt. Die Motive[23]) sprechen von dem Zurückbehaltungsrecht als „präsentem Sicherungsmittel". An einer anderen Stelle heißt es, daß „das Retentionsrecht nur zum Zwecke der Sicherung des Gegenanspruchs besteht". Es soll aber nicht unerwähnt bleiben, daß sich auch die Bemerkung findet: „Das Zurückbehaltungsrecht dient vorzugsweise zur Sicherung und als Zwangsmittel." In den Protokollen[24]) heißt es ferner, daß seitens der Minderheit in der Kommission betont wurde, daß das Zurückbehaltungsrecht „wesentlich als Sicherungs- und Zwangsmittel dienen solle". Aus den Vorarbeiten zum Bürgerlichen Gesetzbuch geht also nicht klar hervor, ob der Gesetzgeber das Zurückbehaltungsrecht nur als Sicherungs- oder auch als Zwangsmittel ansah. Berücksichtigt man aber, daß es durch Sicherheitsleistung abgewendet werden kann, so muß man daraus folgern, daß es nur als Sicherungsmittel anzusehen ist.[25]) Man muß aber zugeben, daß der zurückhaltungsberechtigte Besitzer durch Ausübung des Zurückbehaltungsrechts indirekt einen Zwang auf den Eigentümer ausüben kann. Der Eigentümer wird oft, um die Sache bald zurückzubekommen, den Besitzer befriedigen. Daraus folgt jedoch nicht, daß das Zurückbehaltungsrecht selbst ein Zwangsmittel ist.

§ 5. Ist das Zurückbehaltungsrecht des § 1000 B.G.B. ein Recht zum Besitz im Sinne des § 986 Abs. 1 Satz 1 B.G.B.?

Im Anschluß an § 986 Abs. 1 Satz 1 ist in neuerer Zeit die Frage erörtert worden, ob das Zurückbehaltungsrecht des § 1000 ein Recht zum Besitz im Sinne dieser Vorschrift ist. Nach § 986 Abs. 1 Satz 1 kann der Besitzer die Herausgabe der Sache verweigern, wenn er oder der mittelbare Besitzer, von dem er sein Recht zum Besitz ableitet, dem Eigentümer gegenüber zum Besitz berechtigt ist. Das Gesetz gewährt also jedem Besitzberechtigten eine Einrede gegenüber

---

[22]) Staudinger, § 273, Bem. I 3; Endemann I, § 126, Bem. 3

[23]) Mot. Bd. II S. 41 ff.

[24]) Prot. Bd. I S. 312.

[25]) So auch Planck, § 273, Bem. 1; Schlegelberger, a. a. O. S. 102 ff.

dem Herausgabeanspruch des Eigentümers. Zu den zum Besitz Berechtigten rechnet man allgemein den nach § 1000 zurückhaltungsberechtigten Besitzer.[26])

Diese Auffassung ist verschiedentlich angegriffen worden, und zwar im Zusammenhang mit der Frage, ob die Regelung des Gesetzgebers, der in § 986 Abs. 1 Satz 1 ein Einrederecht geschaffen hat, zu billigen ist. Vor allem wendet sich Scherk[27]) dagegen, das Herausgabeverweigerungsrecht des § 1000 als Recht zum Besitz anzusehen. Bezüglich des § 986 Abs. 1 Satz 1 gibt sie zu, daß das Gesetz dem Wortlaut nach am Einredebegriff festhalte, sie lehnt diesen aber ab, da der Eigentümer dem zum Besitz Berechtigten gegenüber kein Recht auf den gegenwärtigen ausschließlichen Besitz habe. Sein Herausgabeanspruch sei daher unbegründet. Macht der beklagte Besitzer gegen den Herausgabeanspruch des Eigentümers ein Recht zum Besitz geltend, dann habe dieser Einwand, wenn er begründet ist, die Verneinung des geltendgemachten Anspruchs zur Folge. Auf Grund dieser Ansicht kommt sie zu dem Ergebnis, daß zwischen dem Einwand des Rechts zum Besitz und der Einrede des Zurückbehaltungsrechts gemäß § 1000 wichtige Unterschiede bestehen. So führt sie zur Begründung an, daß durch das Recht zum Besitz das Eigentum um den ausschließlichen gegenwärtigen Besitz gemindert werde. Beim Zurückbehaltungsrecht dagegen dringe der Eigentümer mit seinem Herausgabeanspruch durch. Denn während sonst die Geltendmachung eines Rechts zum Besitz die Abweisung des Klägers zur Folge habe, ziehe die Einrede des Zurückbehaltungsrechts eine Verurteilung des Besitzers zur Herausgabe Zug um Zug nach sich. Der Eigentümer habe trotz des Retentionsrechts das ungeminderte Recht zum Besitz. Würde man also annehmen, daß dieses ein Recht zum Besitz sei, dann wäre die Folge, daß die Besitzrechte des Eigentümers und des Besitzers kollidierten.

Um zu diesen Ausführungen näher Stellung nehmen zu können, will ich zunächst auf den Ausgangspunkt der Erörterungen, nämlich auf die Frage eingehen, ob an dem Einredebegriff in § 986 Abs. 1 Satz 1 festzuhalten ist. Das Bürgerliche Gesetzbuch behält den Begriff der materiellrechtlichen Einrede bei. Er ist in einer Reihe von Paragraphen enthalten, so z. B. in den §§ 202, 390, 768, 1137 1169, ohne daß das Gesetz an einer Stelle ausdrücklich bestimmt, was unter Einrede zu verstehen ist. Man kann aber aus einigen Bestimmungen des Gesetzes eine Definition der Einrede ableiten. So heißt es im § 202 Abs. 1, daß die Verjährung gehemmt ist, so-

[26]) So Komm. v. R.G.R. § 986, Bem. 1; ferner Warneyer, § 986, Bem. 1 β; Planck, § 986, Bem. 1 a; Fischer-Henle, § 986, Bem 5

[27]) Margarete Scherk, in Iherings Jahrb. Bd. 67 S. 352.

lange die Leistung gestundet oder der Verpflichtete aus einem anderen Grunde vorübergehend zur Verweigerung der Leistung berechtigt ist. Nach Abs. 2 des § 202 findet diese Vorschrift auf einige Einreden keine Anwendung. Die Wirkung der Verjährung ist nach § 222 die, daß der Verpflichtete die Leistung verweigern kann. Der Zurückhaltungsberechtigte kann die ihm obliegende Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung verweigern (§ 273). In § 202 Abs. 2 ist von der Einrede des Zurübehaltungsrechts die Rede. § 771 begründet ein Leistungsverweigerungsrecht des Bürgen, die Einrede der Vorausklage. Aus dieser Gegenüberstellung der Worte „Einrede" und „Verweigern der Leistung", die in den angeführten Bestimmungen immer wiederkehrt, kann man schließen, daß unter Einrede das Recht zu verstehen ist, eine geschuldete Leistung zu verweigern. Die Wirkung der Einrede tritt erst mit deren Geltendmachung ein.[28]) Dies ergibt sich aus den §§ 274, 322, in denen bestimmt ist, daß die Geltendmachung der Einrede des Zurückbehaltungsrechts und des nicht erfüllten Vertrages die Wirkung einer Verurteilung des Schuldners zur Leistung Zug um Zug zur Folge hat. Im Anschluß an diese Paragraphen läßt sich auch die Wirkung der Einrede bestimmen. Eine Verurteilung zur Leistung Zug um Zug greift nämlich nur bei diesen beiden Einreden Platz. Dies geht aus dem Wörtchen „nur" in den §§ 274, 322 hervor.[29]) In allen anderen Fällen führt ihre Geltendmachung zur Abweisung der Klage.

Die Einreden selbst teilt man in peremtorische und dilatorische ein. So sind in den §§ 813, 886, 1169, 1254 Einreden erwähnt, durch die die Geltendmachung eines Anspruchs dauernd ausgeschlossen wird. Im Gegensatz dazu ist in § 202 von einem vorübergehenden Leistungsverweigerungsrecht die Rede. In der Überschrift zu den §§ 2014 ff. gebraucht das Gesetz selbst die Bezeichnung „aufschiebende Einreden". Die Berufung auf eine peremtorische Einrede schließt den Anspruch dauernd aus, während bei einer dilatorischen der Verpflichtete vorübergehend zur Verweigerung der Leistung berechtigt ist. Von einem Leistungsverweigerungsrecht spricht auch § 986 Abs. 1 Satz 1. Diese Einrede gehört in der Hauptsache zu den dilatorischen, wobei aber hervorzuheben ist, daß sie, wie z. B. im Falle der exeptio rei venditae et traditae auch eine dauernde sein kann.[30])

Nur Siber[31]) bezweifelt, ob der Versuch in § 986 Abs. 1 Satz 1 ein Einrederecht zu schaffen, gelungen ist, da zur Leistungsverweigerung nur der Schuldner einer einredebehafteten Forderung be-

[28]) Mot. Bd. I S. 359 ff.
[29]) So Suppes, a. a. O. S. 7.
[30]) Suppes, a. a. O. S. 22.
[31]) Siber, Der Rechtszwang im Schuldverhältnis, S. 133 ff.

rechtigt sein könne. Dies sei aber im § 986 Abs. 1 Satz 1 nicht der Fall, denn dort sei weder vom Besitzberechtigten als Schuldner oder Verpflichteten noch von einem Leistungsverweigerungsrecht die Rede. Es sei vielmehr nur bestimmt, daß der Besitzer die Herausgabe verweigern könne. Ferner betont Siber, daß nach § 903 der Eigentümer einer Sache jeden anderen von jeglicher Einwirkung auf diese ausschließen könne, soweit nicht Rechte Dritter entgegenstehen. Daraus folgert er, daß der Eigentümer zur Ausschließung der Rechte Dritter nicht befugt sei. Mit dieser Bestimmung des Gesetzes steht nach ihm die Ansicht, daß § 986 Abs. 1 Satz 1 für den Besitzberechtigten nur eine Einrede gegen die rei vindicatio begründet, im Widerspruch.

Zur Widerlegung des ersten Einwands genügt es, auf § 985 hinzuweisen, der dem Eigentümer gegen den Besitzer schlechthin einen Herausgabeanspruch gibt. Zwischen dem Eigentümer und dem Besitzer besteht ein gesetzliches Schuldverhältnis. Der Besitzer erscheint dem Eigentümer gegenüber als Verpflichteter. Ist er zum Besitz berechtigt, so gewährt ihm § 986 Abs. 1 ein Einrederecht. Wenn es dabei heißt, daß der Besitzer die Herausgabe verweigern kann, so ist diese Wendung neben anderen, die ein Recht zur Leistungsverweigerung statuieren, gebräuchlich. Aus den §§ 273, 320, 771 geht deutlich hervor, daß diese Wendung nicht nur im § 986 Abs. 1 enthalten ist. Ferner kann man aus § 903 nicht folgern, daß der Eigentümer Einwirkungen Dritter nicht ausschließen kann, wenn deren Rechte entgegenstehen. Die näheren Bestimmungen trifft hier das Gesetz, wie z. B. im § 986 Abs. 1 Satz 1, selbst.[32])

Gegen den vom Gesetzgeber in § 986 geschaffenen Einredebegriff werden in der Hauptsache vier Gründe vorgebracht,[33]) die ich im folgenden näher betrachten will. Die Einrede des Rechts zum Besitz soll im Versäumnisverfahren zu unbilligen Ergebnissen führen. Dazu wird als Beispiel angeführt, daß, wenn der Eigentümer auf Herausgabe einer Sache klagt, und der Besitzer im Termin zur mündlichen Verhandlung nicht erscheint, er zur Herausgabe selbst dann verurteilt wird, wenn sich aus dem Vorbringen des Klägers ergibt, daß der Beklagte zum Besitz berechtigt ist. Dieses Ergebnis wäre unbillig. Die Gegner des Einredebegriffs nehmen daher an, daß es sich im § 986 Abs. 1 Satz 1 um eine Anspruchsnegation handelt, die im Prozeß von Amts wegen zu berücksichtigen ist. Auf diese Weise wird nach ihrer Ansicht auch der Gegensatz zwischen § 986 Abs. 1 Satz 1 und § 1004 Abs. 2 behoben.

---

[32]) Ebenso Wolff, Recht zum Besitze, S. 151 N. 1.

[33]) So Scherk, a. a. O. S. 302 ff.; Wolff, Sachenrecht, § 84 IV N. 15.

Planck,[34]) der das Einrederecht im § 986 billigt, lehnt ein solches Versäumnisurteil ab, ohne jedoch seine Ablehnung näher zu begründen. Er führt nur aus, daß ein Versäumnisurteil gegen den beklagten Besitzer nicht ergehen könne, wenn sich aus dem Vortrag des Klägers ergibt, daß der Besitzer ein Recht zum Besitz hat. Diesem Ergebnis ist zuzustimmen.

Zur Begründung dieser Ansicht kann man folgendes anführen. Besteht ein Rechtsverhältnis, das dem Herausgabeanspruch des Eigentümers entgegensteht, so wird es nur auf eine Einrede hin berücksichtigt. Auch im Prozeß führt diese Einrede zu keinem unbilligen Ergebnis. Die Fälle sind selten, wo der Kläger in der mündlichen Verhandlung vorträgt, daß der säumige Beklagte ein Recht zum Besitz hat. Bringt aber der Kläger dies vor, dann wird sich aus seinem Vortrag zugleich ergeben, daß der Beklagte die Herausgabe verweigert hat. Da hierdurch eine außergerichtliche Geltendmachung der Einrede seitens des Beklagten dem Gericht bekannt wird, so muß daraufhin die Klage abgewiesen werden, denn richtiger Ansicht nach kann das Einrederecht auch außerhalb eines Prozesses wirksam geltend gemacht werden.[35]) Zwar enthalten die Motive[36]) die Wendung, daß die Einrede nur im Prozeß erhoben werden kann. Da aber keine Bestimmung des B.G.B. darauf hindeutet, daß die Einrede nur Wirksamkeit erlangt, wenn sie im Prozeß geltend gemacht wird, so kann dieser Satz der Motive uns nicht binden.[37]) Man darf dagegen andererseits nicht so weit gehen und sagen, daß es der Berufung auf die Einrede nur bedarf, wenn es nicht selbstverständlich ist, daß jedermann von der fraglichen Einrede Gebrauch zu machen wünscht.[38]) Es ist vielmehr erforderlich und genügend, daß der Wille die Einrede zu erheben, kundgegeben wird, wobei es gleichgültig ist, ob dies außerhalb eines Prozesses geschieht oder nicht. Auch der Anspruch kann gerichtlich und außergerichtlich verfolgt werden, was sich sogar aus dem Gesetz folgern läßt. So ist in den §§ 725 Abs. 2 und 813 von einer Geltendmachung des Anspruchs die Rede, während z. B. die §§ 561 Abs. 2 Satz 2, 801 Abs. 1 Satz 3, 804 Abs. 1 Satz 2, 941 Satz 1 besonders die gerichtliche Geltendmachung des Anspruchs hervorheben.[39]) Was für den Anspruch gilt, muß auch für die Einrede gelten. „So wenig der

---

[34]) Planck, Vorbem. 2 zu § 985.
[35]) Hellwig, a. a. O. S. 8 ff.
[36]) Mot. Bd. I S. 359.
[37]) So auch Windscheid-Kipp, S. 182; siehe Fischer, a. a. O. S. 107.
[38]) Windscheid-Kipp, S. 182 (8. Aufl.).
[39]) Darauf weist insbesondere Geier, a. a. O. S. 29 hin, siehe auch Langheineken, a. a. O. S. 337; ferner Planck, Vorbem. 6 zu § 194 und die dort angeführte Literatur.

Anspruch das Dasein eines Prozesses voraussetzt, so wenig tut es die Einrede."[40])

Es ist also nicht erforderlich, daß der beklagte Besitzer sich im Prozeß auf die Einrede des Rechts zum Besitz beruft, sondern es genügt, daß er auf eine außerprozessuale Geltendmachung hinweist. Ist der Beklagte säumig und geht aus dem klägerischen Vortrag hervor, daß er sich auf die Einrede des § 986 Abs. 1 Satz 1 berufen hat, so kann, wie ich bereits hervorgehoben habe, ein Versäumnisurteil nicht ergehen, da das Gericht diese außergerichtliche Geltendmachung der Einrede von Amts wegen zu berücksichtigen hat.[41]) Damit ist dargetan, daß der Einredebegriff im Versäumnisverfahren nicht zu Unbilligkeiten führt. Selbst Gegner des Einredebegriffs im § 986 Abs. 1 Satz 1 erkennen an,[42]) daß auch diese Meinung zu einem billigen Ergebnis führt.

Weiterhin wird auf den Gegensatz zwischen § 986 Abs. 1 Satz 1 und § 1004 Abs. 2 hingewiesen, dort Einrede, hier Anspruchsnegation. § 1004 gewährt dem Eigentümer, dem das Eigentum in anderer Weise als durch Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes beeinträchtigt wird, einen Anspruch auf Beseitigung der Beeinträchtigung. Dieser Anspruch ist nach § 1004 Abs. 2 ausgeschlossen, wenn der Eigentümer zur Duldung der Beeinträchtigung verpflichtet ist. Daraus kann aber nicht entgegen dem Wortlaut des Gesetzes geschlossen werden, daß § 986 Abs. 1 Satz 1 dem § 1004 Abs. 2 anzugleichen ist. Man muß zugeben, daß die verschiedene Behandlung dieser Vorschriften unbegründet erscheint. Die Abweichung ist wahrscheinlich darauf zurückzuführen, daß § 1004 die gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen mit umfaßt.[43]) Planck weist ferner auf die Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch hin. Nach § 944 des I. Entwurfes und dem angenommenen Antrag der 2. Kommission sollten die Bestimmungen des jetzigen § 986 auch auf die actio negatoria entsprechende Anwendung finden. Erst § 1004 brachte die Abweichung von der ursprünglichen Fassung. Daß damit eine sachliche Änderung zum Ausdruck kommen sollte, ist nicht anzunehmen.[44]) Dazu ist noch zu bemerken, daß der erste Entwurf im § 944 zwar bestimmte, daß auf die actio negatoria die dem jetzigen § 986 entsprechende Bestimmung, nämlich § 942,

---

[40]) Crome, I S. 184.

[41]) Ebenso Komm. v. R.G.R. § 986, Bem. 1.

[42]) So Cosack-Mitteis, II § 54, II 2 b Beispiele, siehe auch Raape, a. a. O. S. 108.

[43]) Siehe auch Komm. v. R.G.R. § 986, Bem. 1; Planck-Brodmann, § 1004, Bem. 5 d.

[44]) Planck-Brodmann, § 1004, Bem. 5 d.

Anwendung finden sollte. § 942 E. I schloß aber den Herausgabeanspruch des Eigentümers dann aus, wenn der Besitzer zum Besitz berechtigt war. Erst der zweite Entwurf schrieb in § 916 Abs. 2 abweichend von § 900 E. II (jetzt § 986) den Ausschluß der actio negatoria für den Fall, daß der Eigentümer zur Duldung verpflichtet ist, vor. Der Gesetzgeber wollte also ursprünglich rei vindicatio und actio negatoria übereinstimmend behandeln. Will man sich mit der gesetzlichen Regelung nicht zufrieden geben, so kann man unter Berufung auf die Vorarbeiten zum Bürgerlichen Gesetzbuch den § 1004 Abs. 2 dem § 986 Abs. 1 angleichen und in § 1004 Abs. 2 ein Einrederecht annehmen. Im Versäumnisverfahren würde dieses Einrederecht ebenfalls zu keinen unbilligen Entscheidungen führen, da die Sachlage dieselbe ist, wie bei § 986 Abs. 1 Satz 1.

Von den Vertretern der Ansicht, dem Eigentümer nicht einen einredebehafteten, sondern keinen Herausgabeanspruch zu gewähren, wird weiterhin auf § 986 Abs. 1 Satz 2 hingewiesen. Danach kann der Eigentümer im Falle abgeleiteten Besitzes, falls der mittelbare Besitzer zur Überlassung des Besitzes an den unmittelbaren Besitzer nicht befugt war, die Herausgabe der Sache nur an den mittelbaren Besitzer verlangen. Ausnahmsweise ist er befugt, die Herausgabe der Sache an sich selbst zu verlangen, wenn nämlich der mittelbare Besitzer diese nicht übernehmen kann oder will. Da in diesem Falle der Eigentümer grundsätzlich nicht Herausgabe an sich selbst, sondern nur an den mittelbaren Besitzer verlangen kann, so ist damit der Grundsatz des § 986 Abs. 1 Satz 1 durchbrochen. Diese Ausnahme ist aber gerechtfertigt, denn in § 986 Abs. 1 Satz 2 findet das Besitzrecht des mittelbaren Besitzers Berücksichtigung. Daraus kann man nicht schließen, daß auch § 986 Abs. 1 Satz 1 als Anspruchsverneinung aufzufassen ist.

Wenn der Gesetzgeber in § 986 Abs. 1 Satz 1 dem Besitzer gegen den Herausgabeanspruch des Eigentümers eine Einrede gewährt, so entspricht das dem Umstand, daß eine Vermutung dafür besteht, daß das Eigentum frei von Rechten Dritter ist. Aus dem absoluten Charakter des Eigentums folgt, daß zur Entstehung des Herausgabeanspruchs des Eigentümers ein Zustand genügt, der dem Eigentum widerspricht. Es ist dabei hervorzuheben, daß der Gesetzgeber das Rechtsverhältnis bei der rei vindicatio verschieden gestalten konnte. Sieht man nämlich das Recht des Eigentümers auf den Besitz als den eigentlichen Ausfluß des Eigentums an, dann führt jede Trennung zwischen Eigentum und Besitz einen Zustand herbei, der nach der Wiedervereinigung strebt. Dieser Zustand bildet alsdann die Grundlage für das Rechtsverhältnis zwischen dem Eigen-

tümer und dem Besitzer, dem der Herausgabeanspruch des Eigentümers entspringt. Das Recht des Eigentümers zum Besitz der Sache besteht fort, gleichgültig, ob der Dritte auf Grund eines ihm gegen den Eigentümer zustehenden Rechts besitzt oder nicht. Dem Dritten steht in diesem Falle nur ein Einrederecht zu. Geht man dagegen von dem Besitzrecht des Dritten aus, nimmt man an, daß das Recht des Eigentümers auf den gegenwärtigen ausschließlichen unmittelbaren Besitz der Sache aus dem Eigentum ausgeschieden ist, dann steht dem Eigentümer ein Herausgabeanspruch nur zu, wenn der Dritte überhaupt kein Recht zum Besitz hat oder sein Recht zum Besitz erloschen ist.[45]) Der Gesetzgeber hat nach dem klaren Wortlaut des § 986 Abs. 1 Satz 1 den ersten Weg gewählt.

Wenn die Gegner des Einredebegriffs sich ferner darauf berufen, daß im Versäumnisverfahren der Eigentümer, der gegen den unmittelbaren Besitzer auf Herausgabe der Sache klagt, mit seiner Klage selbst dann durchdringt, wenn er dartut, daß der mittelbare Besitzer zur Besitzüberlassung befugt ist, dagegen nicht durchdringt, wenn der mittelbare Besitzer zur Besitzüberlassung nicht befugt ist, so ist dem entgegenzuhalten, daß ein Gegensatz in dieser Form nicht besteht. Denn, wie ich oben nachgewiesen habe, wird in dem ersten Fall das Versäumnisurteil nur selten ergehen, da sich aus dem klägerischen Vorbringen oft die außergerichtliche Geltendmachung der Besitzrechtseinrede ergeben wird.

Zum Schluß wird noch auf den Gegensatz zwischen § 986 Abs. 1 Satz 1 und § 1007 Abs. 2 hingewiesen. Nach § 1007 Abs. 2 ist der Herausgabeanspruch des früheren Besitzers einer gestohlenen, verloren gegangenen oder abhanden gekommenen Sache dem Eigentümer gegenüber ausgeschlossen. Diese Bestimmung steht im Widerspruch zu § 1007 Abs. 3, wonach gegen alle anderen zum Besitz Berechtigten der Herausgabeanspruch begründet ist, und diesen die Einrede des § 986 Abs. 1 Satz 1 zusteht, um dem Herausgabeanspruch zu begegnen. Es ist zuzugeben, daß dieser Unterschied nicht gerechtfertigt ist. § 1007 ist nicht geeignet, gegen den Einredebegriff in § 986 angeführt zu werden. Die Fassung des § 1007 ist, wie allgemein anerkannt wird, schlecht. Berücksichtigt man, daß auch das Eigentum im § 1007 Abs. 2 nichts anderes als ein Recht zum Besitz im Sinne des § 986 Abs. 1 Satz 1 ist, dann ergibt sich, daß die Worte, „es sei denn, daß dieser Eigentümer ist“ in § 1007 Abs. 2 am besten gestrichen werden.[46]) Die Gründe, die gegen den Einredebegriff im § 986 Abs. 1 Satz 1 vorgebracht werden, sind also nicht

[45]) Siehe hierzu Planck, § 985, Vorbem. 2; Zitelmann, a. a. O. S. 32 ff.

[46]) Komm. v. R.G.R. § 1007, Bem. 1; Cosack-Mitteis, II § 17, III 2 a E.

geeignet, dem Wortlaut des Gesetzes zuwider anzunehmen, daß der Eigentümer dem Besitzberechtigten gegenüber keinen Herausgabeanspruch hat. Scherk[47]) weist zwar noch darauf hin, daß nach der herrschenden Lehre der Eigentümer einen dinglichen Herausgabeanspruch gegen jeden Besitzer habe, mithin sein Besitzrecht auch dem zum Besitz Berechtigten gegenüber fortbestehe. Dies hat nun nach ihrer Ansicht zur Folge, daß der Eigentümer rechtswidrig handelt, wenn er sein Recht ausübt. Andererseits verletzt der zum Besitz Berechtigte durch Ausübung seines Rechts zum Besitz das Eigentum, ohne jedoch dabei rechtswidrig zu handeln. Dies führt nach ihr zu einem Gegensatz zwischen objektivem und subjektivem Recht. Diesen Ausführungen ist nicht zuzustimmen. Der Eigentümer handelt nicht rechtswidrig, wenn er das ihm weiterhin verbliebene Besitzrecht geltend macht. Hätte das Gesetz bei Bestehen eines Rechts zum Besitz das Eigentum um dieses Recht gemindert, dann läge der Fall einfacher. Nach dem Gesetz besteht jedoch das Recht zum Besitz der Sache für den Eigentümer fort, und der Dritte, der seinerseits ein Recht zum Besitz geltend macht, kann sich auf dieses nur einredeweise berufen. Der Eigentümer darf die Sache nicht eigenmächtig in Besitz nehmen, er ist auf seinen Herausgabeanspruch beschränkt (§ 985). Durch dessen Geltendmachung greift er nicht rechtswidrig in das Recht des Dritten ein. Der Dritte handelt, indem er das Recht zum Besitz ausübt, zunächst rechtswidrig. Diese Rechtswidrigkeit wird aber dadurch beseitigt, daß er sich auf sein Recht zum Besitz beruft.[48])

Es ist also daran festzuhalten, daß das Recht zum Besitz nicht Anspruchsverneinung gegenüber der rei vindicatio ist. Das Zurückbehaltungsrecht des § 1000 ist dann ein Anwendungsfall des § 986 Abs. 1 Satz 1. Dem Besitzer steht bis zur Befriedigung seiner Ansprüche eine dilatorische Einrede gegenüber dem Herausgabeanspruch des Eigentümers zu. Es kann daher z. B. der vom Eigentümer auf Herausgabe verklagte unmittelbare Besitzer diese verweigern, indem er sich darauf beruft, daß der mittelbare Besitzer dem Eigentümer gegenüber deshalb zum Besitz berechtigt ist, weil er ein Zurückbehaltungsrecht wegen der ihm zu ersetzenden Verwendungen hat (§§ 986 Abs. 1 Satz 1, 1000).

Gegen die Ansicht, den nach § 1000 Zurückhaltungsberechtigten als besitzberechtigt im Sinne des § 986 Abs. 1 anzusehen, äußert Oertmann[49]) Bedenken, obwohl er an dem Einredebegriff im § 986 Abs. 1 Satz 1 festhält. Nach ihm ist der Zweck des Zurückbehaltungs-

---

[47]) Scherk, a. a. O. S. 309.
[48]) Zitelmann, a. a. O. S. 32 ff.
[49]) Oertmann, Iherings Jahrb. Bd. 61 S. 48 ff.

rechts des § 1000 nicht der, dem Verwendungsgläubiger ein Besitzrecht zu gewähren, sondern es soll nur ein Pressionsmittel sein, um die Erstattung der Auslagen herbeizuführen. Dies komme schon darin zum Ausdruck, daß der Eigentümer jederzeit durch Erstattung der Auslagen die Sache zurückerlangen kann. Wie ich an anderer Stelle hervorgehoben habe, ist das Zurückbehaltungsrecht kein Zwangsmittel, sondern es dient zur Sicherung des Besitzers wegen seiner Ersatzansprüche. Nur indirekt kann es einen Zwang auf den Eigentümer ausüben. Aus dem Zweck desselben kann man aber nicht folgern, daß es kein Recht zum Besitz ist. § 1000 bestimmt ausdrücklich, daß der Besitzer die Herausgabe verweigern kann, bis er wegen seiner Ersatzansprüche befriedigt wird. Er hat bis zu diesem Zeitpunkt ein Recht zum Besitz im Sinne des § 986 Abs. 1 Satz 1. Ob der Besitzer auf Grund eines Mietvertrages, Verwahrungsvertrages oder eines Zurückbehaltungsrechts besitzt, ist für die Frage des Rechts zum Besitz gleichgültig. In allen Fällen will das Gesetz dem Besitzer seinen Besitz gegenüber dem Herausgabeanspruch des Eigentümers schützen. Daß beim Zurückbehaltungsrecht der Eigentümer die Möglichkeit hat, jederzeit durch Erstattung der Verwendungen die Sache zurückzuerhalten, ergibt sich aus dem Zweck desselben. Es kann sich der Mieter bis zur Beendigung des Mietvertrages, der Verwahrer, wenn eine Zeit für die Aufbewahrung nicht bestimmt ist, gar nicht, und der Zurückhaltungsberechtigte bis zum Ersatz der Verwendungen auf sein Recht zum Besitz berufen. Ein Unterschied läßt sich zwischen diesen drei Fällen bezüglich der Frage des Rechts zum Besitz nicht machen. Zum Schluß weist Oertmann noch darauf hin, daß das Zurückbehaltungsrecht dem Besitzer bei Verlust seines Besitzes ein Klagerecht gegen den Eigentümer auf Rücküberlassung des Besitzes nicht gewährt, er also höchstens nach den §§ 858 ff. die Wiedereinräumung dieses fordern kann, während die Besitzrechte des § 986 in der Regel ein Klagrecht zulassen. Er gibt also selbst zu, daß Fälle möglich sind, wo der nach § 986 Besitzberechtigte ein solches Klagrecht gegen den Eigentümer bei Verlust seines Besitzes nicht hat. Zu diesen Fällen gehört das Zurückbehaltungsrecht des § 1000, da es mit Verlust des Besitzes erlischt, denn Voraussetzung für seine Ausübung ist der Besitz der Sache. Die Folge davon ist, daß der Verwender kein Recht zum Besitz mehr hat. Die Bedenken Oertmanns sind m. E. nicht gerechtfertigt.

Aber auch wenn man im § 986 Abs. 1 Satz 1 eine Anspruchsverneinung erblickt, läßt sich die Auffassung, daß das Zurückbehaltungsrecht des § 1000 ein Recht zum Besitz ist, aufrecht erhalten, da die Angriffe gegen den Einredebegriff sich vor allem auf die verschiedene Regelung der §§ 986 Abs. 1 Satz 1 und 1004 Abs. 2 stützen, die sich nach der gegnerischen Ansicht insbesondere im Ver-

säumnisverfahren auswirken soll. Daher würde nichts dagegen sprechen, beim Besitzrecht des Zurückhaltungsberechtigten am Einredebegriff festzuhalten. Dies gibt auch Raape[50]) zu. Er ist aber trotzdem der Ansicht, daß das Zurückbehaltungsrecht kein Besitzrecht verleihe. Die von ihm dafür vorgebrachten Gründe decken sich zum großen Teil mit dem von Scherk angeführten. So weist er besonders darauf hin, daß das Zurückbehaltungsrecht gegen Sicherheitsleistung abgewendet werden könne, was mit einem Recht zum Besitz doch nicht vereinbar sei. Scherk[51]) hebt noch einige Unterschiede zwischen dem Recht zum Besitz des § 986 und § 1000 hervor, um dann daraus zu folgern, daß der zurückhaltungsberechtigte Besitzer nicht besitzberechtigt im Sinne des § 986 Abs. 1 Satz 1 sei. Sie führt folgendes aus: Die Geltendmachung des Einwands des Rechts zum Besitz hat zur Folge, daß die Verjährung des Herausgabeanspruchs nach § 202 Abs. 1 gehemmt ist, während für die Einrede des Zurückbehaltungsrechts § 202 Abs. 2 bestimmt, daß sie die Verjährung des Herausgabeanspruchs nicht hemmt. Im Prozeß zeigt sich der Unterschied darin, daß der Einwand des Rechts zum Besitz die Abweisung des Herausgabeanspruchs bewirkt, während die Einrede des Zurückbehaltungsrechts dazu führt, daß der Besitzer zur Herausgabe Zug um Zug verurteilt wird (§ 274 Abs. 1). Auch die Zwecke der §§ 986 und 1000 sind verschieden. Zweck des § 1000 ist die Sicherung des Besitzers wegen seiner Verwendungsansprüche, wobei es gleichgültig ist, ob er dem Eigentümer gegenüber des Schutzes seines Besitzes verdient, während § 986 Abs. 1 Satz 1 den zum Besitz Berechtigten gegenüber dem vindizierenden Eigentümer schützt. Zum Schluß hebt Scherk noch hervor, daß das Zurückbehaltungsrecht des § 1000 keinen Herausgabeanspruch gegen den Eigentümer gewähre, falls dieser wieder in den Besitz der Sache gelangt sei.

Alle diese Abweichungen haben ihren Grund in dem Zweck des § 1000, der den Verwender nur bis zur Erstattung der Verwendungsansprüche sichern will. Aus diesem Grunde kann man aber, wie ich bereits zu Oertmanns Ausführungen bemerkt habe, das Zurückbehaltungsrecht nicht aus dem Begriff des Rechts zum Besitz herausfallen lassen.[52]) Wenn z. B. darauf hingewiesen wird, daß die Einrede des Zurückbehaltungsrechts die Verjährung nicht hemme, während das Recht zum Besitz sie hemme, so erklärt sich diese Bestimmung des § 202 Abs. 2 daraus, daß der Gläubiger jederzeit in der Lage ist, das Zurückbehaltungsrecht zu beseitigen.

---

[50]) Siehe Raape, a. a. O. S. 167.
[51]) Scherk, a. a. O. S. 352 ff.
[52]) Komm. v. R.G.R., § 986, Bem. 1.

Raape[53]) hebt schließlich noch hervor, daß die Einrede des Zurückbehaltungsrechts weder eine peremtorische noch eine dilatorische sei, sondern daß sie die geschuldete Leistung modifiziere. Es trete eine Änderung der Schuld und des Anspruchs ein. Der Schuldner, in unserem Falle der Besitzer, habe nur noch Zug um Zug zu leisten. Die Einrede des Zurückbehaltungsrechts könne daher kein Recht zum Besitz gewähren. Demgegenüber ist aber daran festzuhalten, daß diese Einrede eine aufschiebende ist. Ihre Geltendmachung hat keine Änderung der Schuld und des Anspruchs zur Folge. Das bisherige Schuldverhältnis bleibt bestehen, nur seine Lösung kann nur noch Zug um Zug erfolgen.[54]) Die Einrede richtet sich nicht gegen den Bestand des Anspruchs, sondern gegen dessen Durchsetzung.

Zu demselben Ergebnis kommt auch Siber.[55]) Der Weg ist aber ein anderer. Er glaubt der Streitfrage bezüglich des § 986 Abs. 1 Satz 1 aus dem Wege zu gehen, indem er annimmt, daß rei vindicatio und obligatorische Rückforderungsansprüche sich ausschließen. Dann ist § 986 allein auf die Fälle beschränkt, in denen der Eigentümer gegen den Besitzer keinen persönlichen Rückgabeanspruch hat. Zu diesen Fällen rechnet Siber, früher als einzigen, das Zurückbehaltungsrecht. Der Satz, „Passivsubjekt des Vindikationsanspruchs ist nur der Besitzer, der dem Eigentümer nicht oder doch nicht von vornherein persönlich rückgabepflichtig ist", bildet den Ausgangspunkt seiner Betrachtungen.

Ohne auf das Konkurrenzproblem näher einzugehen, kann man zu der Ansicht Sibers bemerken, daß es nicht ersichtlich ist, warum der Eigentümer, der zugleich Gläubiger aus einem Schuldverhältnis ist, nicht die Rechte als Eigentümer geltend zu machen in der Lage sein soll, da es sich um inhaltlich verschiedene Ansprüche handelt. Neben dem dinglichen Anspruch des § 985, der den Besitz des Anspruchsgegners voraussetzt, tritt der vertragliche, dessen Inhalt sich nach dem zugrunde liegenden Schuldverhältnisse richtet, und der von der dinglichen Rechtsstellung des Gläubigers unabhängig ist.[56]) Dagegen spricht weiterhin vor allem die gesetzliche Regelung in § 985, die den dinglichen Herausgabeanspruch ohne Beschränkung zuläßt. Siber selbst schränkt den von ihm aufgestellten Grundsatz wieder ein, indem er eine Konkurrenz der rei vindicatio mit dem

---

[53]) So Raape, a. a. O. S. 168; siehe auch Planck-Siber, § 273, Bem. 1 c.

[54]) Schlegelberger, a. a. O. S. 165.

[55]) Siber, Der Rechtszwang im Schuldverhältnis, S. 133 ff.; derselbe, Die Passivlegitimation bei der rei vindicatio, S. 227 ff.; insbesondere S. 249 ff.

[56]) Siehe Lent, I, a. a. O. S. 292 ff.

persönlichen Herausgabeanspruch dann zuläßt, wenn die Ansprüche erst nachträglich ein und derselben Person zustehen und zwar mit Rücksicht auf die möglicherweise für einen der beiden Ansprüche bestehenden Sicherungen durch Bürgen und Pfänder. Ist aber nach Siber die Konkurrenz zwischen rei vindicatio und persönlichem Herausgabeanspruch nicht immer ausgeschlossen, sondern nur dann, wenn der Berechtigte mit dem einen Anspruch dasselbe erreicht wie mit dem anderen, so ist, wie Oertmann[57]) nachgewiesen hat, auch in den Fällen, wo Siber eine Anspruchskonkurrenz nicht zuläßt, ein praktisches Interesse für deren Beibehaltung vorhanden.

§ 6. Die Wirkungen des Zurückbehaltungsrechts des § 1000 B.G.B.

I. In materieller Hinsicht.

Bei Betrachtung der Wirkungen der in § 1000 geschaffenen Retentionsbefugnis sind materielle und prozessuale zu unterscheiden. Da sich über sie im wesentlichen dasselbe sagen läßt wie zu § 273, so werden im folgenden nur einige wichtige Wirkungen des Zurückbehaltungsrechts des § 1000 behandelt werden.

Wie ich oben ausgeführt habe, ist § 1000 lediglich ein Spezialfall des § 273. Es findet daher auf das Zurückbehaltungsrecht des § 1000 die Vorschrift des § 273 Abs. 3 Anwendung. Der Eigentümer kann danach die Ausübung desselben durch Sicherheitsleistung abwenden.[58]) Dadurch ist es ihm möglich, seinen Herausgabeanspruch durchzusetzen, ohne gleichzeitig den Gegenanspruch zu erfüllen.

Hat der Besitzer die Sache herausgegeben, ohne das Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht zu haben, so kann er das Geleistete nicht nach § 813 kondizieren. Das Zurückbehaltungsrecht gewährt nur eine aufschiebende Einrede, durch deren Geltendmachung der Anspruch vorübergehend gehemmt wird.

Weiterhin fragt es sich, ob der Besitzer, dem ein Zurückbehaltungsrecht nach § 1000 zusteht, in Verzug geraten kann. Bei Behandlung dieser Frage ist auf Vorschriften des Obligationenrechts zurückzugreifen. Zunächst ist vorauszuschicken, daß in den §§ 985 ff. neben dem dinglichen Herausgabeanspruch des § 985 auch andere Ansprüche zwischen Eigentümer und Besitzer geregelt sind, die zum Teil rein schuldrechtlichen Charakter haben. Man spricht daher von einem Legalschuldverhältnis zwischen Eigentümer und Besitzer, auf das die Vorschriften der §§ 241—432 teils unmittelbare, teils entsprechende Anwendung finden.[59]) Das ergibt sich auch aus dem

---

[57]) Oertmann, in Iherings Jahrb. Bd. 61 S. 44 ff.; siehe auch Planck, Vorbem. zu § 985.

[58]) Warn. J., 27. Jahrg. S. 101.

[59]) So R.G. Bd. 105 S. 88; Cosack-Mitteis, II, 1 § 55.

Gesetz. So heißt es in § 990 Abs. 2, daß für den im Verzug befindlichen Besitzer die weitergehende Verzugshaftung der §§ 284 ff. unabhängig von § 990 Abs. 1 gilt. § 994 verweist auf die Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag, und § 1000 hebt noch besonders das Zurückbehaltungsrecht des Besitzers wegen der ihm zu ersetzenden Verwendungen hervor, auf das die §§ 273 ff. Anwendung finden.

Die Voraussetzungen, unter denen der Besitzer in Verzug gerät, bestimmen sich daher nach den §§ 284 ff. Nach § 284 ist Bedingung für den Eintritt des Verzuges, daß der Schuldner auf eine Mahnung des Gläubigers nach Eintritt der Fälligkeit nicht leistet. Der Besitzer kommt also in Verzug, wenn er auf die Mahnung des Eigentümers nach Eintritt der Fälligkeit des Herausgabeanspruchs die Sache nicht herausgibt. Der Herausgabeanspruch ist fällig, sobald der Eigentümer die Herausgabe verlangen kann. Eine Definition des Fälligkeitsbegriffs findet sich zwar im Gesetz nicht. Er läßt sich aber aus einigen Bestimmungen des Gesetzes herleiten. So kann man aus § 101 folgern, daß unter Fälligkeit der Zeitpunkt zu verstehen ist, von dem ab der Gläubiger die Leistung verlangen kann. Dasselbe ergibt sich aus § 271, wo im Absatz 1 bestimmt ist, daß bei fehlender Vereinbarung über die Leistungszeit der Gläubiger die Leistung sofort verlangen kann. Zum Begriff der Fälligkeit gehört nicht das Nichtvorhandensein von Einreden.[60]) Der Besitzer muß sich also, um nicht in Verzug zu kommen, auf sein Zurückbehaltungsrecht berufen. Alsdann gerät er nicht in Verzug, da die Leistung infolge eines Umstandes unterbleibt, den er nicht zu vertreten hat (§ 285). Es ist hervorzuheben, daß der bloße Bestand der Einrede des Zurückbehaltungsrechts nicht genügt, um den Eintritt des Verzuges zu verhindern. Der Besitzer muß vielmehr diese Einrede geltend machen.[61]) Für die Richtigkeit dieser Ansicht spricht insbesondere der Umstand, daß nur bei Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts dem Eigentümer die Möglichkeit gegeben ist, dieses durch Sicherheitsleistung abzuwenden.

Hat der Besitzer irrtümlich angenommen, daß ihm ein Zurückbehaltungsrecht gemäß § 1000 zusteht, dann ist der Eintritt des Verzuges ausgeschlossen, wenn den Besitzer bei dieser Annahme kein Verschulden trifft (§ 285). Dies folgt aus § 285, wo es heißt, daß der Schuldner nicht in Verzug gerät, wenn er die Nichtleistung nicht zu vertreten hat. Die Umstände, die der Schuldner zu vertreten hat,

---

[60]) Siehe Schlegelberger, a. a. O. S. 152; a. A. u. a. Staudinger, § 284, Bem. I, 1.

[61]) So Komm. v. R.G.R. § 285, Bem. 1; R.G. Bd. 77 S. 438; a. A. Siber, Der Rechtszwang im Schuldverhältnis, S. 142.

bestimmen sich nach den §§ 276—279. Die Ansicht,[62]) daß Verschulden nicht zum Schuldnerverzug gehöre, ist abzulehnen. Sie läßt sich nicht aus den §§ 278, 279 herleiten, da diese Paragraphen Sonderbestimmungen enthalten.[63]) Im übrigen ergibt sich schon aus der Stellung des § 990 Abs. 2 im Gesetz, daß der redliche Besitzer nicht in Verzug gerät. Die Vorschrift des § 990 Abs. 2 findet nur für den unredlichen Besitzer Anwendung, wie sich aus dem Zusammenhang mit Abs. 1, der die Haftung des unredlichen Besitzers regelt, ergibt.

Ist der Besitzer bereits im Verzug, und erwirbt er während des Verzuges Verwendungsansprüche gegen den Eigentümer, dann kann er wegen dieser Ersatzansprüche sich auf ein Zurückbehaltungsrecht gemäß § 1000 nicht berufen. Diese Ansicht bedarf jedoch näherer Begründung. Zunächst ist hervorzuheben, daß auch der im Verzug befindliche Besitzer Ersatz von Verwendungen verlangen kann. Nach § 994 Abs. 2 bestimmt sich die Ersatzpflicht für die nach Eintritt der Rechtshängigkeit oder nach dem Beginn der im § 990 bestimmten Haftung gemachten notwendigen Verwendungen nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag. § 994 Abs. 2 nimmt dabei sowohl auf Absatz 1 als auch auf Absatz 2 des § 990 Bezug. Der Verzugsbesitzer verliert also nicht seine Ansprüche auf Ersatz der notwendigen Verwendungen. Es ist aber zu berücksichtigen, daß er nach den §§ 990 Abs. 2, 287 für die während des Verzuges durch Zufall eintretende Unmöglichkeit der Leistung verantwortlich ist, es sei denn, daß der Schaden auch bei rechtzeitiger Leistung eingetreten wäre. In vielen Fällen wird daher der Verzugsbesitzer keinen Anspruch auf Ersatz der notwendigen Verwendungen haben, da er nach den §§ 287, 249 für jede Verschlechterung der Sache einzustehen hat.

Nachdem wir festgestellt haben, daß auch der Verzugsbesitzer unter bestimmten Voraussetzungen Ersatz der notwendigen Verwendungen verlangen kann, können wir die Frage behandeln, ob es richtig ist, ihm wegen solcher Ansprüche kein Zurückbehaltungsrecht zu gewähren. Eine Stellungnahme hierzu findet sich in der Literatur nur im Zusammenhang mit dem Zurückbehaltungsrecht des § 273. So führt Oertmann[64]) aus, daß der Verzugsschuldner den durch den Verzug entstandenen Schaden zu ersetzen habe. Er hat also den Zustand herzustellen, wie er bei rechtzeitiger Leistung bestehen würde. Mithin kann der im Verzug befindliche Schuldner kein Zurückbehaltungsrecht erwerben. Diese Ausführungen treffen

---

[62]) Endemann, I S. 780 N. 17.
[63]) Planck, § 284, Bem. 7 b γ.
[64]) Oertmann, § 273, Bem. 2 a .

auch für den Verzugsbesitzer zu. Dieselbe Ansicht findet sich in einer Entscheidung des Reichsgerichts,[65]) wo es heißt: „Die Annahme, daß der Verkäufer infolge seiner Vertragsbrüchigkeit nicht besser stehen könne, als er ohne sie stehen würde, rechtfertigt sich auch aus dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes wegen Verzuges." Es wird dann weiter ausgeführt, daß der Verzug zum Ersatz des durch denselben entstandenen Schadens (§ 286 Abs. 1) und damit nach § 249 zur Wiederherstellung des Zustandes verpflichte, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre.

Eine andere Auffassung kommt aus dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben zu demselben Ergebnis. So äußert sich Schoenenberg[66]) dahin, daß es der Idee des Rechts widerspreche, wenn jemand durch schuldhafte Nichtleistung seine Lage verbessert, wobei er noch darauf hinweist, daß sich der Ausschluß des Zurückbehaltungsrechts zum mindesten aus den §§ 286, 249 ergebe. Dieselben Erwägungen finden sich in zwei Oberlandesgerichtsentscheidungen.[67]) In der Entscheidung des O.L.G. Hamburg[68]) wird hervorgehoben, daß das Zurückbehaltungsrecht auf dem Grundsatz von Treu und Glauben beruhe. Niemand dürfe eine Leistung verlangen, ohne gleichzeitig einen gegen ihn selbst bestehenden Anspruch zu erfüllen. Diesen Gesichtspunkt könne sich der Schuldner nicht zu eigen machen, der erst, während er sich im Verzuge befindet, die Erfüllung einer Leistung fordern kann. Er verstoße gegen Treu und Glauben, wenn er seinen Verzug zum Nachteil des Gegners benutzt.

Gegen diese Begründung des O.L.G. Hamburg äußert Oertmann mit Recht Bedenken.[69]) Die Grundsätze von Treu und Glauben kommen nämlich nur dann zur Anwendung, wenn es gilt, Härten des Gesetzes zu vermeiden oder vorhandene Lücken auszufüllen. Für den vorliegenden Fall trifft dies nicht zu. Das Gesetz bestimmt in § 286 Abs. 1 ausdrücklich, daß der Schuldner den Verzugsschaden zu ersetzen hat. Wendet man diese Vorschrift auf den Verzugsbesitzer an, dann ergibt sich, daß er den im Zeitpunkt des Eintritts des Verzuges bestehenden Zustand wiederherzustellen hat. Er hat daher den Herausgabeanspruch des Eigentümers ohne Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts zu erfüllen.

---

[65]) R.G. Bd. 92 S. 216.
[66]) Schoenenberg, a. a. O. S. 46 und ebenso Schlegelberger, a. a. O. S. 154.
[67]) Seufferts Archiv, 55 Nr. 1; Seufferts Archiv 51, Nr. 87.
[68]) Seufferts Archiv 55, Nr. 1.
[69]) Oertmann, § 273, Bem. 2 a.

Dagegen ist vorgebracht worden, daß die Schadensersatzpflicht des § 286 nur dann Platz greift, wenn der Verzug mit den zum Ersatz verpflichtenden Tatsachen in ursächlichem Zusammenhange steht. Mithin muß zwischen dem Verzuge des Besitzers und dem Zurückbehaltungsrecht wegen Verwendungen oder, da Voraussetzung des § 1000 ein Anspruch auf Ersatz von Verwendungen ist, zwischen dem Verzuge und dem Verwendungsanspruch Kausalzusammenhang bestehen. Dieser soll nun im vorliegenden Falle nicht bestehen, und daher der Verzugsbesitzer das Leistungsverweigerungsrecht des § 1000 nicht geltend machen können.[70]) Zur Begründung dieser Ansicht wird angeführt, daß bereits für die Frage, ob der im Verzug befindliche Besitzer gewisse Verwendungen ersetzt verlangen könne, die Tatsache der Schadensersatzpflicht nach § 287 zu berücksichtigen sei. Daher könne, nachdem dem Verzugsbesitzer ein Verwendungsanspruch gewährt worden sei, für die Entstehung des Zurückbehaltungsrechts des § 1000 die Frage der Schadensersatzpflicht nicht mehr in Betracht kommen, denn ein Kausalzusammenhang zwischen Verzug und Zurückbehaltungsrecht bestehe dann nicht mehr.

Dem ist entgegenzuhalten, daß § 287 die Haftung des Schuldners während des Verzuges regelt, während im § 286 bestimmt ist, daß der Schuldner dem Gläubiger den durch den Verzug entstehenden Schaden zu ersetzen hat. Die Frage, ob der Verzugsbesitzer Ersatz von Verwendungen verlangen kann, oder ob er nach § 287 ersatzpflichtig ist, hat nichts zu tun mit der Vorschrift des § 286, wonach er den durch den Verzug entstehenden Schaden zu ersetzen hat. Es ist daher nicht ersichtlich, warum die Frage des Entstehens eines Zurückbehaltungsrechts während des Verzuges nicht unter dem Gesichtspunkt der Schadensersatzpflicht des § 286 betrachtet werden kann. Zwischen dem Verzug und dem Zurückbehaltungsrecht besteht ein Kausalzusammenhang, da der Verzug mit der Herausgabe einer Sache generell geeignet ist, die Entstehung von Verwendungsansprüchen und damit eines Leistungsverweigerungsrechts herbeizuführen. Es ist also an dem Ergebnis festzuhalten, daß der Besitzer, der sich im Verzug befindet, kein Zurückbehaltungsrecht wegen Verwendungen erwerben kann, die er während des Verzuges gemacht hat.

Einen entgegengesetzten Standpunkt vertritt Warneyer[71]) unter Berufung auf eine Entscheidung des Reichsgerichts.[72]) Nach ihm kann der Schuldner auch während des Verzuges, in unserem Falle also der Verzugsbesitzer, ein Zurückbehaltungsrecht erwerben, nur

---

[70]) Guttmann, a. a. O. S. 23 ff.
[71]) Warneyer, § 284, Bem. IX.
[72]) R.G. Bd. 93 S. 300 ff.; siehe auch Warn. Rspr. 1919 Nr. 3.

muß er zur Beseitigung des Verzuges Handlungen vornehmen, die dessen Heilung herbeiführen. Dazu ist zu bemerken, daß das Reichsgericht in der angeführten Entscheidung nicht näher zu der hier behandelten Frage Stellung nimmt. Außerdem wird für diese Ansicht eine Begründung nicht gegeben. Sie kann daher an dem von uns gefundenen Ergebnis nichts ändern, zumal das Reichsgericht in einer anderen Entscheidung derselben Auffassung ist.[73])

Gerät der Besitzer, der sich auf ein Zurückbehaltungsrecht beruft, nicht in Verzug, so fragt es sich weiter, ob er seinerseits den Eigentümer in Annahmeverzug setzen kann. In Betracht kommt § 298. Auch diese Bestimmung ist auf das Verhältnis zwischen Eigentümer und Besitzer anzuwenden. Danach gerät der Eigentümer in Verzug, wenn er die ihm angebotene Leistung anzunehmen bereit ist, aber seinerseits die verlangte Gegenleistung, nämlich den Ersatz der Verwendungen, nicht anbietet. Die Anwendbarkeit des § 298 auf diesen Fall wird von verschiedenen Seiten verneint.[74]) Die Behandlung dieser Streitfrage ist mit Rücksicht auf die §§ 300 Abs. 1, 302 und 304, die die Haftpflicht des Schuldners während des Gläubigerverzuges regeln, von Bedeutung. Der Entwurf I enthielt im § 941 die Bestimmung, daß der Eigentümer auch dann in Annahmeverzug kommt, wenn er die ihm angebotene Sache anzunehmen bereit ist, jedoch den Besitzer wegen seiner Verwendungsansprüche nicht befriedigen oder sicherstellen will. Dieser Paragraph ist von der zweiten Kommission gestrichen worden. Daraus kann aber nicht gefolgert werden, daß § 298 auf den zurückhaltungsberechtigten Besitzer keine Anwendung findet. Das Verhältnis zwischen Eigentümer und Besitzer ist ein Legalschuldverhältnis, auf das die Vorschriften der §§ 241—432, also auch § 298 Anwendung finden. In den Protokollen[75]) heißt es zwar, daß von verschiedenen Seiten in der zweiten Kommission die Ansicht vertreten wurde, daß § 252 E. II (§ 298) in Ermangelung einer besonderen Vorschrift keine Anwendung auf den Eigentümer finde, weil Voraussetzung des § 252 eine vom Gläubiger Zug um Zug zu bewirkende Gegenleistung sei, der Ersatzanspruch des Besitzers dagegen erst nach der Herausgabe der Sache fällig werde. Ferner fehle auch das Bedürfnis zu einer die Anwendbarkeit des § 252 E. II erklärenden Vorschrift, da der Besitzer nach § 938a E. II (§ 1003) das Recht erlange, sich aus der Sache wegen seiner Ersatzansprüche zu befriedigen. Mit dieser Bestimmung ließen sich die Folgen eines Annahmeverzuges, insbesondere eine Abschwächung der Haftung des Besitzers nicht vereinbaren.

---

[73]) R.G. Bd. 92 S. 216.
[74]) Staudinger, § 1000; früher auch Biermann, § 1000, Bem. 1 b.
[75]) Prot. Bd. III S. 370.

Berücksichtigt man, daß der Besitzer die Herausgabe verweigern kann, bis ihm Ersatz für seine Verwendungen gewährt wird, daß ferner auf dieses Zurückbehaltungsrecht die Vorschrift des § 274 Anwendung findet, dann folgt daraus, daß auch für die freiwillige Herausgabe der Sache nur eine Leistung Zug um Zug in Frage kommen kann. § 298 findet daher dem Eigentümer gegenüber Anwendung, der die Sache zwar annehmen will, sich jedoch weigert, den Besitzer wegen der Ersatzansprüche zu befriedigen.[76]) Gegen dieses Ergebnis spricht auch nicht die in § 1003 enthaltene Bestimmung. § 1003 wurde in das Gesetz aufgenommen, um dem Besitzer unter bestimmten Voraussetzungen ein Selbstbefriedigungsrecht zu gewähren.[77]) Ohne dieses Selbstbefriedigungsrecht hätte der Besitzer nur die Möglichkeit gehabt, den Eigentümer in Annahmeverzug zu setzen. Dies wäre eine Härte für ihn gewesen. Die Anwendbarkeit des § 298 hat auch neben § 1003 Bedeutung, denn, wie schon hervorgehoben worden ist, ist die Haftung des Besitzers während des Annahmeverzuges des Eigentümers erleichtert (§§ 300 Abs. 1, 302). Ferner kann der Besitzer Ersatz der Mehraufwendungen verlangen (§ 304).

II. In prozessualer Hinsicht.

Die Wirkung der Geltendmachung der Einrede des Zurückbehaltungsrechts im Prozeß ist die, daß der Besitzer zur Herausgabe Zug um Zug verurteilt wird (§§ 1000, 274). Auf das Vorbringen des Zurückbehaltungsrechts des § 1000 in der Berufungsinstanz ist im Anschluß an eine Entscheidung des Reichsgerichts[78]) näher einzugehen. Auch in der Berufungsinstanz kann das Retentionsrecht noch vorgebracht werden (§ 529 Abs. 1 Z.P.O.). Nach § 529 Abs. 2 Z.P.O. besteht die Möglichkeit, es unter bestimmten Voraussetzungen zurückzuweisen. Ist der Beklagte in der ersten Instanz zur Herausgabe der Sache verurteilt worden, obwohl er sich auf das ihm zustehende Zurückbehaltungsrecht berufen hat, dann kann er auch in der Berufungsinstanz die Einrede des Zurückbehaltungsrechts erheben. Ist aber das Urteil erster Instanz für vorläufig vollstreckbar erklärt worden, und hat der Kläger bereits vollstrecken lassen, dann ist es zweifelhaft, ob das Zurückbehaltungsrecht vom Beklagten in der zweiten Instanz wiederum geltend gemacht werden kann. Voraussetzung des § 1000 ist nämlich, daß der Verwender die Sache noch im Besitz hat Hat aber der Kläger be-

---

[76]) Siehe Planck, § 1003, Bem. 4.

[77]) Prot. Bd. III S. 364 ff.

[78]) R.G. Bd. 109 S. 104 ff.

reits das Urteil erster Instanz vollstrecken lassen, dann fehlt es an dieser materiell-rechtlichen Voraussetzung des § 1000. Der Beklagte könnte also die Einrede des Zurückbehaltungsrechts nicht mehr vorbringen.

Dieses Ergebnis erscheint unbillig. Wollte man sich mit dieser Folge der vorläufigen Vollstreckung zufrieden geben, so würde man, wie Schäffer[79]) mit Recht hervorhebt, einen kapitalistischen Zug in das Gesetz bringen, der diesem fernliegt. Die Folge wäre nämlich, daß der Kläger durch die vorläufige Vollstreckung dem Beklagten sein Zurückbehaltungsrecht nehmen könnte. Wäre das Urteil nur gegen Sicherheitsleistung für vorläufig vollstreckbar erklärt worden, dann könnte der Kläger, der die geforderte Sicherheit stellen würde, vollstrecken und damit dem Beklagten die Berufung auf das Zurückbehaltungsrecht abschneiden, während der Kläger, der nicht über die erforderlichen Mittel verfügen würde, dem Beklagten dieses belassen müßte. Dasselbe würde sich umgekehrt zeigen, wenn dem Beklagten nachgelassen worden wäre, durch Sicherheitsleistung die vorläufige Vollstreckung abzuwenden.

Man versucht nun, dieser Unbilligkeit mit Hilfe des § 717 Abs. 2 Z.P.O. zu entgehen. § 717 Abs. 2 Z.P.O. gewährt dem Beklagten für den Fall, daß ein für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urteil aufgehoben oder abgeändert wird, einen Anspruch auf Ersatz des Schadens, der ihm durch die Vollstreckung des Urteils oder die zur Abwendung der Vollstreckung gemachte Leistung entstanden ist. Hierzu rechnet man auch den Schaden, der dem Beklagten durch Verlust des Zurückbehaltungsrechts entsteht. Wie Schäffer[80]) hierzu ausführt, geht der Ersatzanspruch des § 717 Abs. 2 Z.P.O. auf Wiederherstellung des bisherigen Zustandes, d. h. der Kläger wird verurteilt, die Sache dem Beklagten zurückzugeben. Der Beklagte hat alsdann Zug um Zug zu leisten. Eine andere Ansicht billigt dem Beklagten einen Ersatzanspruch für das erloschene Zurückbehaltungsrecht zu, den er in der Berufungsinstanz zur Aufrechnung stellen kann.[81]) Die Vertreter dieser Auffassungen berücksichtigen nicht, daß Voraussetzung des Schadensersatzanspruchs nach § 717 Abs. 2 Z.P.O. die Aufhebung oder Abänderung des erstinstanzlichen Urteils ist. Ist das Zurückbehaltungsrecht auf Grund der vorläufigen Vollstreckung aber erloschen, dann kann es in der Berufungsinstanz keine Berücksichtigung mehr finden. Die Bedingung für eine Aufhebung oder Abänderung des für vorläufig

---

[79]) Schäffer, a. a. O. S. 217 ff.
[80]) Schäffer, a. a. O. S. 217 ff.
[81]) Förster-Kann, § 717 Bem. 4 b, dd; siehe auch Stein-Jonas, § 717 II. 36.

vollstreckbar erklärten Urteils ist daher nicht gegeben. Eine Ausdehnung des in § 717 Abs. 2 Z.P.O. gewährten Ersatzanspruchs auf den erörterten Fall ist nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht zu rechtfertigen.

Es muß daher versucht werden, einen Weg zu finden, der zu einer Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils führt. Es fragt sich nämlich, ob es möglich ist, daß auf Grund der vorläufigen Vollstreckung dem Zurückhaltungsberechtigten sein Einrederecht auf die Dauer genommen werden kann. Nimmt man an, daß die Besitzübertragung bei der vorläufigen Vollstreckung nur aufschiebend bedingt ist, dann kann man die Einrede des Zurückbehaltungsrechts noch zulassen. Um auf diese Frage eingehen zu können, ist es erforderlich, etwas über die Wirkung der vorläufigen Vollstreckbarkeit zu sagen.

Nach den §§ 708 ff. Z.P.O. ist die vorläufige Vollstreckung vom Gesetzgeber weitgehend zugelassen worden. Die aus einem für vorläufig vollstreckbar erklärten Urteil betriebene Zwangsvollstreckung steht nach einer Ansicht grundsätzlich der aus einem rechtskräftigen Urteil betriebenen gleich.[82]) Während ursprünglich das Reichsgericht diese Ansicht ebenfalls vertrat,[83]) ist es später zu einer Unterscheidung der vorläufigen Vollstreckung und derjenigen aus einem rechtskräftigen Urteil gekommen.[84]) Es begründet seine Ansicht damit, daß die vorläufige und die endgültige Vollstreckung nicht nur eine verschiedene Bezeichnung, sondern auch abweichende Wirkungen haben. Es ergibt sich schon aus der Bezeichnung als vorläufige Vollstreckung, daß deren Rechtswirkungen eine mindere Bedeutung zukommt. Dies folgt auch aus § 717 Abs. 2 Z.P.O., denn es zeigt sich hier der Wille des Gesetzgebers, daß dem Beklagten durch die vorläufige Vollstreckung kein Schaden entstehen soll. Sie kann daher nicht dazu führen, daß dem Beklagten die Berufung auf die Einrede des Zurückbehaltungsrechts genommen wird. So hat das Reichsgericht in einer Entscheidung[85]) z. B. angenommen, daß die vorläufige Vollstreckung den Gläubiger nicht endgültig befriedige, die endgültige Befriedigung vielmehr erst mit Rechtskraft der Entscheidung eintrete. Daher sei auch eine in zweiter Instanz geltend gemachte Aufrechnungseinrede zulässig, denn die Forderung sei noch nicht endgültig getilgt. Die auf Grund der vorläufigen Vollstreckung eingetretenen Rechtswirkungen seien also aufschiebend bedingt. Diesen Ausführungen ist zuzustimmen.[86])

---

[82]) So Förster-Kann, § 708 Bem. 1; Stein-Jonas, § 708, Bem. I, 1.
[83]) So in R.G. Bd. 18, S. 287; Bd. 39 S. 107.
[84]) R.G. in Bd. 63 S. 331; J.W. 1914 S. 986 II; zweifelnd R.G. Bd. 109 S. 104 ff.
[85]) R.G. Bd. 63 S. 331 ff.
[86]) Zustimmend auch Rosenberg, § 180, Bem. IV, 1.

Die Gegner dieser Ansicht behaupten, daß gerade aus § 717 Abs. 2 Z.P.O. sich das Gegenteil folgern lasse. Denn nach dieser Vorschrift falle die auf Grund eines für vorläufig vollstreckbar erklärten Urteils vorgenommene Leistung mit dessen Aufhebung oder Abänderung nicht zurück, sondern sie gewähre nur einen Schadensersatzanspruch.[87]) Dies zeigt nach ihrer Ansicht deutlich, daß die vorläufige Vollstreckung der endgültigen gleichkommt.

Geht man davon aus, daß der Zweck des § 717 Abs. 2 Z.P.O. darin besteht, dem Beklagten durch die vorläufige Vollstreckung keinen Schaden zuzufügen, da sie der endgültigen nicht gleichzusetzen ist, so kommt man dazu, die obige gegnerische Auffassung abzulehnen. Gegen die hier vertretene Ansicht kann auch nicht angeführt werden, daß der Gesetzgeber in § 717 Abs. 2 Z.P.O. einen Schadensersatzanspruch gewährt, statt die Bestimmung zu treffen, daß die auf Grund der vorläufigen Vollstreckung vorgenommene Leistung zurückfalle, da diese gesetzgeberische Regelung nur die Form ist, in der der Gegensatz zwischen vorläufiger und endgültiger Vollstreckung zum Ausdruck kommt. Auch den Zweck des § 717 Abs. 2 Z.P.O. erreicht man nicht immer, wenn man die vorläufige Vollstreckung der endgültigen aus einem rechtskräftigen Urteil gleichstellt. Die Befürworter dieser Ansicht gehen durch analoge Anwendung der Bestimmung des § 717 Abs. 2 Z.P.O. unbilligen Ergebnissen aus dem Wege, was bei der Ausnahmestellung dieser Vorschrift abzulehnen ist.

Wenden wir den Grundsatz, daß die infolge der vorläufigen Vollstreckung eingetretenen Rechtswirkungen bis zur rechtskräftigen Entscheidung in der Schwebe sind, auf den von uns erörterten Fall an, dann ergibt sich, daß die materiell-rechtlichen Wirkungen der auf Grund der vorläufigen Vollstreckung erfolgten Besitzübertragung aufschiebend bedingt sind. Der Beklagte kann also das Zurückbehaltungsrecht des § 1000 in der Berufungsinstanz wiederum geltend machen. Die Folge davon ist, daß das Urteil erster Instanz abgeändert wird. Der Beklagte wird zur Leistung Zug um Zug verurteilt. Damit wäre ihm aber wenig geholfen, denn der Kläger hat die Sache bereits im Besitz. Hier hilft § 717 Abs. 2 Z.P.O. Dem Beklagten ist durch die vorläufige Vollstreckung ein Schaden insofern entstanden, als er die Sache herausgeben mußte, ohne selbst wegen seiner Verwendungsansprüche befriedigt zu werden. Auf den im § 717 Abs. 2 Z.P.O. gewährten Ersatzanspruch finden die Vorschriften des Allgemeinen Teils der Schuldverhältnisse Anwendung. Nach § 249 gilt für den Schadensersatzanspruch der Grundsatz der Naturalrestitution, d. h. es ist der Zustand wieder

[87]) So Schäffer, a. a. O. S. 218.

herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Der Beklagte kann also zunächst Herausgabe der Sache verlangen. Das Urteil würde mithin lauten: „Unter Abänderung des erstinstanzlichen Urteils wird der Kläger verurteilt, die vom Beklagten bewirkte Leistung zurückzugewähren. Der Beklagte hat alsdann die gleiche Leistung Zug um Zug gegen Gewährung der Leistung des Klägers zu bewirken. Der Kläger kann die Rückgewähr der Leistung des Beklagten durch Bewirkung seiner Leistung abwenden." Dies stimmt im Ergebnis mit der Ansicht Schäffers überein.

Wenn dagegen eingewendet wird, daß das Zurückbehaltungsrecht erloschen sei, und daher eine Verurteilung zur Leistung Zug um Zug nicht mehr erfolgen könne, sondern der Beklagte nur Ersatz für das verlorene Zurückbehaltungsrecht, z. B. durch Zulassung der Forderung wegen Verwendungen verlangen könne,[88]) so habe ich oben gezeigt, daß dies nicht zutrifft, da die Wirkungen der vorläufigen Vollstreckung aufschiebend bedingt sind. In dem Kommentar von Stein-Jonas wird außerdem die von Schäffer vorgeschlagene Abänderung des Urteils erster Instanz, zu der ich im Ergebnis auch gelange, für unpraktisch erklärt.[89]) Dies kann aber keinen Grund zur Änderung der gefundenen Lösung bilden. Dem § 717 Abs. 2 Z.P.O. entspricht es, wenn der Beklagte zunächst die Sache zurückerhält.

Hat die Vollstreckung aus einem für vorläufig vollstreckbar erklärten Urteil des Oberlandesgerichts in einer vermögensrechtlichen Streitigkeit stattgefunden, und hat das Reichsgericht dem Zurückbehaltungsrecht stattgegeben, dann kommt nicht § 717 Abs. 2 Z.P.O., sondern Abs. 3 dieser Vorschrift in Betracht. Der Beklagte hat in diesem Falle einen Erstattungsanspruch, auf den die Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung Anwendung finden. Aber auch hier gelangt man zu demselben Ergebnis wie bei der Gewährung eines Schadensersatzanspruchs. Der Kläger ist durch die vorläufige Vollstreckung des Oberlandesgerichtsurteils dadurch bereichert, daß er die Sache erhalten hat, ohne gleichzeitig die ihm obliegende Gegenleistung zu bewirken. Er muß daher die Sache dem Beklagten zurückgewähren. Dem steht § 813, wonach die Rückforderung des zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit Geleisteten nur erfolgen kann, wenn dem Anspruch eine peremtorische Einrede entgegenstand, nicht entgegen. § 813 gehört zu den Vorschriften, die zu den Voraussetzungen der Bereicherungsklage gehören. Auf den Erstattungsanspruch des § 717 Abs. 3 Z.P.O. finden

---

[88]) Förster-Kann, § 717 Bem. 4 b, dd; Stein-Jonas, § 717 A. 36.
[89]) Stein-Jonas, § 717 A. 36.

aber nur die Vorschriften über Umfang und Art der Durchführung des Bereicherungsanspruchs, vor allem § 818 Anwendung.[90])

Anders ist zu entscheiden, wenn der Beklagte das Zurückbehaltungsrecht in der ersten Instanz nicht geltend gemacht hat. Ist dann das für vorläufig vollstreckbar erklärte Urteil vollstreckt worden, so kann sich der Beklagte in der Berufungsinstanz auf die Einrede des Zurückbehaltungsrechts nicht mehr berufen, da eine materiellrechtliche Voraussetzung desselben, nämlich der Besitz, entfallen ist. Es kann mithin eine Abänderung des Urteils erster Instanz nicht mehr erfolgen. Wenn auch nach der hier vertretenen Ansicht die Rechtswirkungen der vorläufigen Vollstreckung in der Schwebe sind, so läßt sich für den zur Erörterung stehenden Fall die materiellrechtliche Wirkung des durch die vorläufige Vollstreckung herbeigeführten Besitzwechsels insoweit nicht als aufschiebend bedingt ansehen, da die Einrede des Zurückbehaltungsrechts erst in der Berufungsinstanz erhoben worden ist. Der Eintritt einer solchen Bedingung könnte auch nur auf dem Wege der Fiktion festgestellt werden.[91])

§ 7. Die besonderen Wirkungen des Zurückbehaltungsrechts des § 1000 B.G.B.

I. In der Zwangsvollstreckung.

In der Mobiliarzwangsvollstreckung hat der nach § 1000 Zurückhaltungsberechtigte ein Widerspruchsrecht gegen die Zwangsvollstreckung, falls ein Gläubiger des Eigentümers die in seinem Besitz befindliche Sache pfänden läßt. (§ 771 Z.P.O.) Dies folgt aus § 809 Z.P.O., wonach die Pfändung bei einem Dritten nur erfolgen kann, wenn dieser zur Herausgabe der Sache bereit ist. Der Besitz des Dritten hindert also die Zwangsvollstreckung und berechtigt zur Erhebung der Widerspruchsklage.[92]) Es ergibt sich auch aus § 93 Abs. 1 Z.V.G., wo dem Besitzer bei Vorliegen gewisser Voraussetzungen ein Widerspruchsrecht nach Maßgabe des § 771 Z.P.O. eingeräumt wird, daß der Besitz ein die Veräußerung hinderndes Recht im Sinne des § 771 Z.P.O.[93]) ist. Ferner kann der zurückhaltungsberechtigte Besitzer nach § 766 Z.P.O. wegen Nichtbeachtung des § 809 Z.P.O. gegen die Art und Weise der Zwangsvollstreckung die Erinnerung einlegen.

Läßt dagegen ein Gläubiger des Eigentümers dessen Anspruch auf Herausgabe der Sache pfänden und sich zur Einziehung über-

---

[90]) Siehe auch Schäffer, a. a. O. S. 217 ff.
[91]) So R.G. Bd. 109 S. 104 ff.
[92]) So Komm. v. R.G.R. § 1000 Bem. 2; Schlegelberger in Z.Bl.F.G. Jahrg. 6 S. 556.
[93]) Stein-Jonas zu § 771, Bem. II, 1 b.

weisen, dann muß er gegen den Besitzer auf Herausgabe klagen, falls dieser unter Berufung auf sein Zurückbehaltungsrecht die Sache an den Gerichtsvollzieher nicht freiwillig herausgibt. Der Gerichtsvollzieher ist nicht befugt, die Sache wegzunehmen (§§ 847, 849 Z.P.O.). Die Klage stützt der Gläubiger auf den Pfändungs- und Überweisungsbeschluß, auf Grund dessen ihm der Anspruch des Eigentümers gegen den Besitzer zusteht, wobei er den § 841 Z.P.O. zu beachten hat. Diesem Klaganspruch gegenüber kann sich der Besitzer auf das ihm zustehende Zurückbehaltungsrecht berufen.

II. In der Zwangsversteigerung.

Für die Immobiliarzwangsvollstreckung bestimmt § 93 Abs. 2 Z.V.G., daß der Ersteher zum Ersatze der Verwendungen, die vor dem Zuschlage gemacht worden sind, nicht verpflichtet ist. § 999 Abs. 2, der den Eigentümer zum Ersatze der vor seinem Eigentumserwerb gemachten Verwendungen verpflichtet, findet also im Gebiete des Zwangsversteigerungsgesetzes keine Anwendung. Die Folge davon ist, daß dem Ersteher das Zurückbehaltunsrecht des § 1000 nicht entgegengehalten werden kann. Diese Regelung war bereits von der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs vorgesehen worden. Die näheren Vorschriften sollten in dem Gesetz betreffend die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen erfolgen, wo insbesondere bestimmt werden sollte, „daß der Besitzer den Realgläubigern und dem Ersteher gegenüber einen Ersatzanspruch wegen Verwendungen nicht geltend machen kann".[94]) Dem Ersteher gegenüber ist der Ausschluß in § 93 Abs. 2 Z.V.G. erfolgt. Eine ausdrückliche Bestimmung für die Realgläubiger fehlt. Darauf wird in einer Entscheidung des O.L.G. Hamburg[95]) hingewiesen. Aus dem Umstande, so wird hierzu ausgeführt, daß gemäß § 93 Abs. 2 Z.V.G. der Ersteher von der Erstattungspflicht für frühere Verwendungen befreit ist, könne nicht gefolgert werden, daß der Verwender auch den Realgläubigern gegenüber sein Zurückbehaltungsrecht nicht geltend machen dürfe. Diesen Ausführungen ist entgegenzuhalten, daß der Ausschluß des Zurückbehaltungsrechts des § 1000 gegenüber den Realgläubigern dadurch erfolgt ist, daß dieses im § 10 Z.V.G. keine Erwähnung gefunden hat. Verfehlt ist es daher, wenn in der angeführten Entscheidung mit Hilfe des § 92 Abs. 1 Z.V.G. versucht wird, dem Verwender vor allen anderen Realgläubigern an Stelle des durch den Zuschlag erloschenen Zurückbehaltungsrechts einen Anspruch auf Ersatz seines Wertes aus dem Versteigerungserlös zu gewähren.

---

[94]) Prot. Bd. III S. 357 ff. 2.
[95]) O.L.G. Bd. 8 S. 116 ff.

Zur Begründung wird angeführt, daß es für die Anwendbarkeit des § 92 Abs. 1 Z.V.G. gleichgültig sei, ob das erlöschende Recht ein der Zwangsvollstreckung entgegenstehendes Recht im Sinne der §§ 9 Nr. 2, 37 Nr. 5 Z.V.G. sei oder nicht.

Die Anwendung des § 92 Abs. 1 Z.V.G. auf das erloschene Zurückbehaltungsrecht wegen Verwendungen ist abzulehnen, da diese Vorschrift nur auf die nach § 10 Z.V.G. ein Recht auf Befriedigung aus dem Grundstück gewährenden Rechte Anwendung findet.[96]) Für die Rechte, die der Zwangsversteigerung entgegenstehen, ist die ausschließliche Regelung in § 37 Nr. 5 Z.V.G. dahingehend erfolgt, daß die Berechtigten vor der Erteilung des Zuschlags die Aufhebung oder einstweilige Einstellung des Verfahrens herbeizuführen haben, anderenfalls für ihre Rechte die Versteigerungserlöse an die Stelle der versteigerten Gegenstände treten. Den Berechtigten stehen also in diesem Falle die durch die Versteigerung ihrer Gegenstände erzielten Erlöse zu, während die Inhaber der in § 10 Z.V.G. erwähnten Rechte kein Recht auf Verteilung dieser Erlöse unter sich haben. Daß § 92 Abs. 1 Z.V.G. nur auf die Inhaber von Ansprüchen, die ein Recht auf Befriedigung aus dem Grundstück gewähren, anzuwenden ist, ergibt sich aus der Entstehungsgeschichte dieser Vorschrift. § 92 Abs. 1 Z.V.G. beruht auf dem Surrogationsprinzip, nach dem der Versteigerungserlös mit der Wirkung an die Stelle des Grundstücks tritt, daß die durch den Zuschlag erloschenen Rechte an ihm fortbestehen. Im Entwurf von 1889[97]) wurde dieses Prinzip im § 140 Abs. 1 besonders hervorgehoben. § 140 Abs. 1 E. I bestimmte: „Der Versteigerungserlös tritt in Ansehung der nach dem § 138 erlöschenden Rechte an die Stelle des Grundstücks und der übrigen Gegenstände." An einer Vorschrift, in der die Anwendbarkeit des Surrogationsprinzips für das Zwangsversteigerungsgesetz ausdrücklich anerkannt wird, fehlt es, da die zweite Kommission den § 140 Abs. 1 E. I gestrichen hat, weil sein Inhalt sich aus den §§ 10, 37 Nr. 5, 109, 110, 118 Z.V.G. ergebe.[98]) § 138 Abs. 2 des Entwurfs, auf den § 140 E. I bezug nahm, lautete: „Durch den Zuschlag erlöschen in dem durch die Versteigerungsbedingungen bestimmten Umfange die an dem Grundstücke, außer dem Eigentum, bestehenden Rechte, sowie die Rechte auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Grundstücke und die Haftung des Grundstückes für wiederkehrende Leistungen und für Kosten." Die dem § 37 Nr. 5 Z.V.G. entsprechende Vorschrift fand sich im § 44 Nr. 5 E. I. Aus diesen Bestimmungen des ersten Entwurfs ergibt sich, daß der Grundsatz

---

[96]) Krech-Fischer, § 92 Bem. 3; Reinhard-Müller, § 92 Bem. 1, 2; und Gruch. Bd. 62 S. 331 ff.; ferner R.G. Bd. 88 S. 356 ff.

[97]) Im folgenden als Entwurf I bezeichnet.

[98]) Siehe hierzu auch Jäckel-Güthe, § 92 Bem. 1.

des § 40 Abs. 1 E. I nur für das Eigentum und die daran bestehenden Grundstücksrechte gelten sollte. Für die der Zwangsversteigerung entgegenstehenden Rechte enthielt § 44 Nr. 5 E. I die nähere Regelung.[99]) Dazu bemerkt die Denkschrift: „In bezug auf die Belastungen des Grundstücks hat der Zuschlag die Wirkung, daß sie insoweit erlöschen, als sie nicht nach den Versteigerungsbedingungen (§ 52 Z.V.G.) oder infolge einer besonderen Vereinbarung zwischen dem Ersteher und dem Beteiligten bestehen bleiben (§ 91 Z.V.G.). An die Stelle dieser erlöschenden Rechte tritt für den Berechtigten der Ersatz des Wertes aus dem Versteigerungserlös."[100])

Wenn es daher in der Entscheidung des O.L.G. Hamburg heißt, daß es für die Anwendbarkeit des § 92 Abs. 1 Z.V.G. gleichgültig sei, ob das erloschene Recht ein der Zwangsversteigerung entgegenstehendes Recht im Sinne der §§ 9 Nr. 2, 37 Nr. 5 Z.V.G. sei, so ist dieser Ansicht nach den obigen Ausführungen nicht beizutreten, da § 92 Abs. 1 Z.V.G. sich nur auf die Rechte des § 10 Z.V.G. bezieht. Der gleichzeitig in der angeführten Entscheidung zum Ausdruck gekommenen Ansicht, daß § 92 Abs. 1 Z.V.G. unabhängig von den allgemeinen Bestimmungen des Zwangsversteigerungsgesetzes zur Anwendung gelange, ist ebenfalls aus den angeführten Gründen nicht zuzustimmen. Dem nach § 1000 zurückhaltungsberechtigten Besitzer würde ein Ersatzanspruch nur dann zustehen, wenn sein Zurückbehaltungsrecht unter die Rechte des § 10 Z.V.G. fallen würde. Da es in § 10 Z.V.G. nicht angeführt ist, so folgt daraus sein Ausschluß gegenüber den Realgläubigern, wie es von der zweiten Kommission zu § 938 des I. Entwurfs eines B.G.B. (§ 999) vorgesehen war.[101]) Das Zurückbehaltungsrecht des § 1000 läßt sich nicht etwa als ein Recht an dem Grundstück dem § 10 Nr. 4 Z.V.G. unterordnen. Denn unter Rechten an Grundstücken verstehen das B.G.B. und seine Nebengesetze nur dingliche Rechte.[102]) Das Zurückbehaltungsrecht des § 1000 ist nicht als ein dingliches Recht anzusehen. Zweifel könnten nur mit Rücksicht auf die gesetzliche Regelung in § 999 Abs. 2 und § 49 Nr. 3 K.O. entstehen. Aber den Verwendungsanspruch, zu dessen Sicherung das Retentionsrecht des § 1000 dient, kann man nicht als dingliche Belastung des Grundstücks ansehen. Verschiedentlich findet sich zwar die Ansicht, daß der Verwendungsanspruch ein Recht am Grundstück sei und daher zu den Ansprüchen aus Rechten an dem Grundstück im Sinne des § 10 Nr. 4 Z.V.G. gehöre.[103]) Diese Auffassung ist jedoch unvereinbar mit dem Wortlaut des § 999, wo von „Ersatz verlangen" die Rede ist. Daraus

[99]) Reinhard, Gruch. Jahrg. 62 S. 331.
[100]) R.G. Bd. 71 S. 431.
[101]) Hahn-Mugdan, S. 56.
[102]) R.G. Bd. 71 S. 430; Schlegelberger, Z.Bl.F.G. a. a. O. S. 555.
[103]) So Th. Wolff, § 10 Bem. 10 a S. 60; früher Biermann § 999 Bem. 2.

ergibt sich, daß der Verwendungsanspruch nur ein persönliches Forderungsrecht ist. Auch aus § 999 Abs. 2 läßt sich nichts anderes folgern. Diese Vorschrift ist erst von der zweiten Kommission eingefügt worden, um dem Besitzer die Sicherheit für den Verwendungsanspruch auch für den Fall, daß das Eigentum an der Sache auf einen anderen übergeht, zu erhalten.[104]) Es handelt sich in § 999 Abs. 2 um eine Sonderbestimmung. Der Ersatzanspruch wegen der früheren Verwendungen ist ein persönlicher, wie sich schon aus der Wendung „sich erstreckende Verpflichtung" ergibt.[105]) Ferner deutet § 1003 nicht darauf hin, daß der Verwendungsanspruch dinglicher Natur ist, da diese Bestimmung nur die Durchführung des persönlichen Ersatzanspruchs regelt. Wenn das Zurückbehaltungsrecht wegen Verwendungen im Konkurse in der Wirkung den Pfandrechten gleichgestellt ist, so ist das zwar eine Ausnahme von dem Grundsatz, daß das Zurückbehaltungsrecht im Konkurse nicht fortbesteht. Die Vorschrift des § 49 Nr. 3 K.O. ist aber aus Gründen der Billigkeit geschaffen worden. Man kann daher nicht aus ihr auf die rechtliche Natur des Zurückbehaltungsrechts des § 1000 schließen.

Die Ansicht des Oberlandesgerichts, den Anspruch aus § 92 Abs. 1 Z.V.G. auf Wertersatz für das erloschene Zurückbehaltungsrecht den Rechten der Realberechtigten vorgehen zu lassen, hätte auch zur Folge, daß das Zurückbehaltungsrecht zu einem Recht auf Befriedigung führen würde, was im Widerspruch zu den Grundsätzen der beschränkten Zahl der dinglichen Rechte und ihrem Rang, sowie dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs stehen würde. Auch aus diesem Grunde ist die in der angeführten Entscheidung gefundene Lösung nicht zu billigen, denn sie würde eine Gefährdung des Realkredits bedeuten.[106])

Der zurückhaltungsberechtigte Besitzer hat auch kein der Zwangsversteigerung entgegenstehendes Recht im Sinne der §§ 9 Nr. 2, 37 Nr. 5 Z.V.G. Der Begriff dieser Rechte ist nicht näher bestimmt. Ein der Zwangsversteigerung entgegenstehendes Recht wird dann vorliegen, wenn das Recht des Dritten, der nicht der Schuldner des Versteigerungsverfahrens ist, durch eine in der Form ordnungsmäßige Vollstreckung in seinem Bestande oder in seiner Verwirklichung betroffen wird, und der Dritte diese Beeinträchtigung seines Rechts nicht zu dulden braucht.[107]) In den Materialien heißt es: „Inwieweit das Zwangsversteigerungsverfahren durch Einwendungen des Schuldners sowie durch entgegenstehende Rechte Dritter gehemmt wird, bestimmt sich im allgemeinen nach den Vor-

[104]) Prot. Bd. 3 S. 358.
[105]) So R.G. Bd. 71 S. 424 ff.
[106]) Schlegelberger, in Z.Bl.F.G. Jahrg. 6 S. 557.
[107]) So Reinhard-Müller, § 9 Bem. V, 1.

schriften der Z.P.O." (§§ 685 ff., jetzt §§ 766 ff.).[108]) Wie wir oben gesehen haben, berechtigt im Mobiliarzwangsvollstreckungsverfahren der Besitz zur Erhebung der Widerspruchsklage des § 771 Z.P.O. Dies gilt aber nicht für die Immobiliarzwangsvollstreckung. § 809 Z.P.O. findet für die Vollstreckung in das unbewegliche Vermögen keine Anwendung. Eine Vorschrift, die dieser Bestimmung entsprechen würde, findet sich im Zwangsversteigerungsgesetz nicht. Vielmehr läßt sich aus ihm nur folgern, daß der Besitz im Zwangsversteigerungsverfahren zum Widerspruch nicht berechtigt. So hebt § 9 Nr. 2 Z.V.G. den Miet- oder Pachtbesitz neben den die Zwangsversteigerung hindernden Rechten besonders hervor. In den §§ 57 ff. Z.V.G. sind für den Mieter und Pächter gleichfalls Sonderbestimmungen getroffen. Daraus geht hervor, daß das Gesetz nur bestimmte Besitzer schützen will. Nach § 93 Abs. 1 Z.V.G. kann aus dem Zuschlagsbeschlusse gegen den Besitzer des Grundstücks oder einer mitversteigerten Sache die Zwangsvollstreckung auf Räumung und Herausgabe betrieben werden, es sei denn, daß der Besitzer auf Grund eines durch den Zuschlag nicht erloschenen Rechtes besitzt. In diesem Falle kann der Besitzer nach Maßgabe des § 771 Z.P.O. intervenieren. Wollte man annehmen, daß der Besitz ein der Zwangsversteigerung entgegenstehendes Recht ist, so käme man dazu, daß der Besitzer, dessen Recht durch den Zuschlag nicht erloschen ist, nach § 93 Abs. 1 Z.V.G. der Zwangsvollstreckung widersprechen könnte, außerdem aber auch nach § 37 Nr. 5 Z.V.G. für den Fall, daß er sein Recht nicht angemeldet hat, Wertersatz verlangen könnte. Dieses Ergebnis wäre nicht zu halten.

Der wegen Verwendungen zurückhaltungsberechtigte Besitzer hat also kein der Zwangsversteigerung entgegenstehendes Recht im Sinne des § 37 Nr. 5 Z.V.G. Er kann nicht die Aufhebung oder einstweilige Einstellung des Verfahrens herbeiführen und hat im Falle der Unterlassung der Anmeldung seines Rechts keinen Anspruch auf den Versteigerungserlös, der an die Stelle des versteigerten Gegenstandes tritt.

Auch vor dem Zuschlag kann der Besitzer das Zurückbehaltungsrecht nicht wirksam durchsetzen, da der Besitz im Zwangsversteigerungsverfahren zur Widerspruchklage des § 771 Z.P.O. nicht berechtigt. Daher kann er weiterhin nicht die Aufhebung oder einstweilige Einstellung des Versteigerungsverfahrens veranlassen (§ 37 Nr. 5 Z.V.G.). Die Erinnerung des § 766 Z.P.O. steht ihm nicht zu, weil § 809 Z.P.O. für das Zwangsversteigerungsverfahren keine Anwendung findet. In der bereits erwähnten Entscheidung des O.L.G. Hamburg wird versucht, dem Zurückbehaltungsrecht des § 1000

---

[108]) Hahn-Mugdan, S. 42.

gewisse Wirkungen beizulegen. So wird ausgeführt, wenn dieses auch nicht unter § 10 Z.V.G., insbesondere nicht unter Nr. 4 dieser Vorschrift falle, so könne der Zurückhaltungsberechtigte trotzdem die Herausgabe der Sache nach Einleitung der Zwangsversteigerung bis zur Erteilung des Zuschlags verweigern. Das Zurückbehaltungsrecht sei kein Recht auf Befriedigung, sondern diene zur Sicherung der Ersatzansprüche des Verwenders. Wenn es daher nicht unter den Rechten des § 10 Z.V.G., die ein Recht auf Befriedigung aus dem Grundstück gewähren, angeführt sei, so könne man daraus nicht folgern, daß es den Realgläubigern gegenüber nicht geltend gemacht werden könne. Mit Recht betont demgegenüber Eckels,[109]) daß man von einer Sicherung des Anspruchs nur sprechen könne, wenn das Zurückbehaltungsrecht in der Zwangsversteigerung zu einer Befriedigung führe. Da dies bei dem durch das Zurückbehaltungsrecht gesicherten Ersatzanspruch des Besitzers nicht der Fall ist, erscheinen die Ausführungen des Oberlandesgerichts nicht gerechtfertigt.

Zusammenfassend läßt sich über das Zurückbehaltungsrecht des § 1000 in der Zwangsversteigerung sagen, daß es keinerlei Wirkungen äußert. Mit dem Zuschlag erlischt es (§ 91 Abs. 1 Z.V.G.), und der Zurückhaltungsberechtigte hat für das erloschene Recht keinen Anspruch auf Ersatz des Wertes aus dem Versteigerungserlöse. Er behält nur seinen persönlichen Ersatzanspruch gegen den früheren Eigentümer des Grundstücks. Er ist also in der Zwangsversteigerung wenig geschützt. Es besteht nur die Möglichkeit, daß er dem Versteigerungsverfahren beitritt (§ 27 Z.V.G.), wobei ihm im Range alle Realgläubiger vorgehen (§ 10 Abs. 1 Nr. 5 Z.V.G.).

Sind nach dem Zuschlage Verwendungen auf das Grundstück gemacht worden, dann gilt § 93 Abs. 2 Z.V.G. nicht. Es kommt mithin § 999 Abs. 2 zur Anwendung. Der Besitzer kann von dem Ersteher Ersatz der gemachten Verwendungen verlangen. Wegen dieses Ersatzanspruchs steht ihm das Zurückbehaltungsrecht des § 1000 zu. Nach § 93 Abs. 1 Z.V.G. kann aber der Ersteher aus dem Zuschlagsbeschlusse die Zwangsvollstreckung auf Räumung betreiben. Um sich sein Zurückbehaltungsrecht demgegenüber zu erhalten, muß der Besitzer die Vollstreckungsgegenklage des § 767 Z.P.O. erheben und den Antrag stellen, bis zum Erlaß des Urteils die Zwangsvollstreckung aus dem Zuschlagsbeschlusse einzustellen (§ 769 Z.P.O.). Weiterhin hat er die Möglichkeit, nach § 732 Z.P.O. eine Einwendung gegen die Zulässigkeit der Vollstreckungsklausel geltend zu machen.[110])

---

[109]) Eckels, in Z.Bl.F.G. Jahrg. 9 S. 208.
[110]) Siehe dazu Kretzschmar, S. 157.

Wird der erteilte Zuschlag im Beschwerdewege rechtskräftig aufgehoben (§ 90 Abs. 1 Z.V.G.), dann entfallen die mit der Erteilung des Zuschlags unmittelbar eingetretenen Rechtsänderungen. Der Schuldner ist wieder der Eigentümer des Grundstücks, das erloschene Zurückbehaltungsrecht des § 1000 besteht wieder. Hat der Ersteher in der Zwischenzeit Verwendungen auf das Grundstück gemacht, bevor der Zuschlagsbeschluß rechtskräftig geworden ist, und wird ihm im Beschwerdewege der Zuschlag versagt, so hat er gegen den neuen Ersteher keinen Ersatzanspruch (§ 93 Abs. 2 Z.V.G.). Ihm steht daher auch kein Zurückbehaltungsrecht zu. Gegen den bisherigen Eigentümer hat er nur einen Bereicherungsanspruch. Da aber dieser nur selten bereichert sein wird, so wird er mit diesem wenig Erfolg haben.

III. Im Konkurse.

In der Konkursordnung ist von Zurückbehaltungsrechten nur in den §§ 49 und 223 K.O. die Rede. Eine allgemeine Bestimmung über die Wirkung des Zurückbehaltungsrechts im Konkurse findet sich im Gesetz nicht. Für das Retentionsrecht des § 1000 kommt § 49 Nr. 3 K.O. zur Anwendung. Danach haben diejenigen, die etwas zum Nutzen einer Sache verwendet haben, ein Absonderungsrecht. Es wird aber in Ansehung der zurückbehaltenen Sache nur in Höhe des Mehrwerts, den die Sache infolge der auf sie gemachten Verwendungen hat, gewährt. Dabei ist unter Sache im Sinne des § 49 Nr. 3 K.O. eine bewegliche zu verstehen. Dies ist nicht unbestritten. Manche wollen auch unbewegliche Sachen unter diese Bestimmung fallen lassen.[111]) Die abgesonderte Befriedigung aus Gegenständen des unbeweglichen Vermögens hat jedoch ihre ausschließliche Regelung in § 47 K.O. gefunden. § 48 K.O. findet für unbewegliche Sachen keine Anwendung, da unter einem durch Rechtsgeschäft bestellten Pfandrecht nur ein Pfandrecht an beweglichen Sachen zu verstehen ist. Da § 49 K.O. auf § 48 K.O. Bezug nimmt, so ergibt sich daraus, daß § 49 Nr. 3 K.O. nur das Zurückbehaltungsrecht wegen der Verwendungen auf bewegliche Sachen berücksichtigt. Der Einwand, daß die Bezugnahme des § 49 K.O. auf § 48 K.O. nur eine rein äußerliche sei, und daß § 47 K.O. nicht ausschließlich die abgesonderte Befriedigung aus Gegenständen des unbeweglichen Vermögens regele,[112]) ist durch nichts gerechtfertigt. Aus der Entstehungsgeschichte der §§ 47—49 K.O. ergibt sich, daß § 49 Nr. 3 K.O. nur für bewegliche Sachen gilt. § 39 des Entwurfs der Konkursordnung enthielt bereits die abgesonderte Befriedigung

[111]) Seuffert, Konkursprozeßrecht, S. 111; Scholz, a. a. O. S. 33 ff.
[112]) Scholz, a. a. O. S. 34.

aus Gegenständen des unbeweglichen Vermögens. Ihm entspricht § 47 K.O. Das Absonderungsrecht aus beweglichen Sachen regelte § 40 des E., auf den § 41 des E. Bezug nahm. § 48 K.O. weicht zwar im Wortlaut von der Fassung des § 40 des E. ab, inhaltlich deckt er sich jedoch mit ihm.[113])

Der nach § 1000 Zurückhaltungsberechtigte muß den Besitz der Sache vor der Konkurseröffnung erlangt haben (§ 15 K.O.) und ihn im Zeitpunkt der Geltendmachung des Absonderungsrechts noch inne haben. Das Absonderungsrecht steht demjenigen nicht zu, der die Sache durch eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung erlangt hat. Dies folgt aus dem Wortlaut des § 49 Nr. 3 K.O., wonach das Absonderungsrecht „in Ansehung der zurückbehaltenen Sache" besteht. Voraussetzung des Absonderungsrechts ist also ein bestehendes Zurückbehaltungsrecht.[114]) Das Absonderungsrecht ist auf den Betrag der Werterhöhung im Zeitpunkt seiner Geltendmachung beschränkt. Der Zeitpunkt der Konkurseröffnung entscheidet nicht, da kein Grund dafür gegeben ist, im Konkurse einen anderen Zeitpunkt entscheiden zu lassen als außerhalb des Konkursverfahrens. Der absonderungsberechtigte Besitzer hat dem Konkursverwalter auf Verlangen die Sache zur Verwertung herauszugeben (§ 127 Abs. 1 K.O.) und behält nur einen Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlös. § 127 Abs. 2 K.O. findet keine Anwendung, denn zur selbständigen Verwertung ist er nicht befugt, da ihm ein Selbstbefriedigungsrecht nicht zusteht.

Hatte der Eigentümer die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts durch Sicherheitsleistung abgewendet, dann erwirbt er ein Pfandrecht an der hinterlegten Sicherheit oder ein Pfandrecht an der Forderung auf Rückerstattung. Dieses Pfandrecht gewährt im Konkurse ein Absonderungsrecht (§ 49 Nr. 2 K.O.).

Wie schon an anderer Stelle erwähnt worden ist, fehlt es an einer allgemeinen Bestimmung über die Wirkung des Zurückbehaltungsrechts im Konkurse. Es fragt sich daher, ob es in den vom Gesetz nicht geregelten Fällen fortbesteht oder nicht. Es wird die Ansicht vertreten, daß das Zurückbehaltungsrecht auch im Konkurse, soweit es im Gesetz nicht besonders geregelt sei, dem Konkursverwalter einredeweise entgegengehalten werden könne.[115]) Dies hätte für das hier behandelte Zurückbehaltungsrecht zur Folge, daß

---

[113]) Siehe Eckels, a. a. O. S. 205 und 206.
[114]) a. A. Petersen-Kleinfeller, § 49 Bem. 33.
[115]) So Seuffert, a. a. O. S. 112.

es auch wegen der Verwendungen auf Grundstücke und der nicht werterhöhenden Verwendungen auf bewegliche Sachen im Konkurse erhoben werden könnte. In dem Kommentar von Petersen-Kleinfeller wird es im Konkurse ohne Rücksicht auf § 49 Nr. 3 K.O. zugelassen.[116])

Zu einem anderen Ergebnis kommt auch Wolff.[117]) Nach ihm ist zwischen dem Zurückbehaltungsrecht der Konkursgläubiger und der Nichtkonkursgläubiger zu unterscheiden. Er geht dabei von § 3 K.O. aus, wonach die Konkursmasse zur gemeinschaftlichen Befriedigung aller persönlichen Gläubiger dient. Diese können ihre Forderungen auf Sicherstellung oder Befriedigung aus der Konkursmasse nur nach den Bestimmungen der Konkursordnung verfolgen (§ 12 K.O.), und weiterhin können sie während des Konkursverfahrens weder Arreste noch Zwangsvollstreckungen in die Konkursmasse oder das sonstige Vermögen des Gemeinschuldners vollziehen lassen (§ 14 K.O.). Der Zweck dieser gesetzlichen Regelung sei die gemeinschaftliche und gleichmäßige Befriedigung der Konkursgläubiger. Jedem Konkursgläubiger werde ein Anspruch auf gleichmäßige Befriedigung, der Konkursanspruch gewährt. Dafür sei er aber verpflichtet, sich auf diesen zu beschränken. Er habe kein Recht, sich vor den übrigen Konkursgläubigern zu befriedigen. Er könne daher auch ein ihm zustehendes Zurückbehaltungsrecht nicht mehr geltend machen, weil er durch den Grundsatz des § 3 K.O. hinreichend gesichert sei. Da in den §§ 3, 12 und 14 K.O. nur von Konkursgläubigern die Rede sei, so folge daraus, daß nur sie ihr Zurückbehaltungsrecht verlieren.

Ohne zunächst zu dieser Auffassung näher Stellung zu nehmen, würde sich aus ihr für das Zurückbehaltungsrecht des § 1000 folgendes ergeben. Hält man daran fest, daß die Vermögensansprüche der Konkursgläubiger erzwingbar, „d. h. im Wege staatlichen Rechtsschutzes festzustellen und durchzusetzen sein“[118]) müssen, dann würde der zurückhaltungsberechtigte Besitzer zu den Nichtkonkursgläubigern gehören, solange er seinen Ersatzanspruch noch nicht geltend machen kann (§ 1001). Er würde also dem Konkursverwalter gegenüber die Herausgabe der Sache verweigern können, bis die Voraussetzungen des § 1001 gegeben wären. Wolff kommt zu demselben Ergebnis. Nur nimmt er an, daß der persönliche Verwendungsanspruch erst mit der Wiedererlangung der Sache durch den Eigen-

[116]) Petersen-Kleinfeller, § 49, K., S. 277.
[117]) Th. Wolff, in L.Z. Jahrg. 08 S. 36 ff.
[118]) So Jaeger, § 3 Bem. 13.

tümer oder der Genehmigung der Verwendungen entstehe.[119]) Vor diesem Zeitpunkt bestehe nur ein dinglicher Verwendungsanspruch. Wolff übersieht dabei, daß der Verwendungsanspruch von Anfang an persönlicher Natur ist. § 1001 hat nur für die Geltendmachung dieses Anspruchs Bedeutung.

Die angeführten Meinungen, die dem Zurückbehaltungsrecht außer in den vom Gesetz geregelten Fällen Wirksamkeit im Konkurse verleihen wollen, sind jedoch zu verwerfen. Die Ansicht, die seine Geltendmachung schlechthin oder in den nicht vom Gesetz geregelten Fällen zuläßt, widerspricht dem § 12 K.O. Aber auch die Ausführungen Wolffs kann man nicht billigen. Er übersieht die Bedeutung des § 49 Nr. 3 K.O. für die Frage der Wirksamkeit der Zurückbehaltungsrechte im Konkurse. Aus der besonderen Hervorhebung einiger Zurückbehaltungsrechte in § 49 K.O. geht hervor, daß sie in allen übrigen Fällen im Konkursverfahren keine Berücksichtigung finden sollen. Dies ist in Literatur und Rechtsprechung die herrschende Ansicht. Es liegt kein Grund vor, von derselben abzugehen.[120]) Das Zurückbehaltungsrecht hält als persönliches Recht[121]) im Konkurse nicht stand. Wenn ihm trotzdem in den Fällen des § 49 Nr. 3 K.O. Absonderungskraft beigelegt worden ist, so entspricht dies der Billigkeit.

Dagegen ist eingewendet worden, daß man nicht sagen könne, das Absonderungsrecht habe einen höheren Wert als das Zurückbehaltungsrecht, da Absonderungs- und Zurückbehaltungsrechte ihrem Wesen nach verschieden sind. Deshalb könne auch aus der Hervorhebung einiger Retentionsrechte zu Absonderungsrechten nicht der Untergang der übrigen gefolgert werden.[122])

Dem ist nicht zuzustimmen. Durch Steigerung einiger Zurückbehaltungsrechte zu Absonderungsrechten ist die Absicht des Gesetzgebers den übrigen jegliche Wirksamkeit im Konkursverfahren zu nehmen, genügend zum Ausdruck gekommen. Die gegenteilige Ansicht führt dazu, daß der zurückhaltungsberechtigte Besitzer, der kein Absonderungsrecht hat, die Herausgabe verweigern kann, während die Faustpfandgläubiger und die ihnen gleichgestellten Absonderungsberechtigten dem Konkursverwalter die Sachen auf Verlangen herauszugeben haben (§ 127 Abs. 1 K.O.). Dies widerspricht dem Zweck der gesetzlichen Regelung.

---

[119]) Th. Wolff, in L.Z. Jahrg. 08 S. 109; siehe auch Levy, a. a. O. S. 42.

[120]) Jaeger, § 49 Bem. 42; R.G. Bd. 15 S. 59; Bd. 20 S. 136; Bd. 77 S. 438; L.Z. 1924 S. 639, 10.

[121]) Jaeger, § 49 Bem. 42.

[122]) So Levy, a. a. O. S. 8; Wolff, a. a. O. S. 40.

Die Ansicht Wolffs ist weiterhin unvereinbar mit dem im § 3 K.O. niedergelegten Grundsatz der par condicio creditorum. Zweck des § 3 K.O. ist, die Masse, die nach Vornahme der Absonderung, Aufrechnung und Befriedigung der Massegläubiger verbleibt, den Konkursgläubigern zur ausschließlichen Befriedigung zu überlassen. Abschließend ist daher nochmals hervorzuheben, daß das von uns behandelte Zurückbehaltungsrecht nur unter den im § 49 Nr. 3 K.O. niedergelegten Voraussetzungen im Konkurse Berücksichtigung findet.

Besteht es an einer nicht zur Konkursmasse gehörigen Sache, so bleibt es vom Konkursverfahren unberührt. Nach Eröffnung des Konkurses kann ein Zurückbehaltungsrecht an den zur Konkursmasse gehörigen Gegenständen mit Wirksamkeit gegenüber den Konkursgläubigern grundsätzlich nicht erworben werden. Nur für einen Massegläubiger kann es während des Konkurses begründet werden, da für ihn die §§ 3, 12, 14, 15 und 24 Nr. 3 K.O. nicht gelten.

Ein solches Zurückbehaltungsrecht kann z. B. auf folgende Weise entstehen. Hat der Gemeinschuldner vor der Eröffnung des Konkurses in Erfüllung eines Rechtsgeschäfts eine Sache an einen Gläubiger geleistet und wird das Rechtsgeschäft aus einem der Gründe der §§ 30 ff. K.O. angefochten, dann hat der Anfechtungsgegner ein Zurückbehaltungsrecht wegen der auf die herauszugebende Sache gemachten Verwendungen.[123]) Die Wirkung der Konkursanfechtung zeigt sich darin, daß das, was durch die anfechtbare Handlung aus dem Vermögen des Gemeinschuldners gelangt ist, zur Konkursmasse zurückgewährt werden muß (§ 37 K.O.). Sind in der Zwischenzeit von dem Anfechtungsgegner notwendige oder werterhöhende Verwendungen auf die Sache gemacht worden, dann sind ihm diese zu ersetzen, denn die Masse darf durch die Rückgewähr nicht ungerechtfertigt bereichert werden. Dieser Ersatzanspruch ist ein Masseanspruch nach § 59 Nr. 3 K.O., der auch wegen der Verwendungen entsteht, die vor der Konkurseröffnung gemacht worden sind, denn die Bereicherung tritt erst mit dem Entstehen des Rückgewähranspruchs ein.[124]) Wird daher von dem Anfechtungsgegner die Sache herausverlangt, so kann er sich auf das ihm nach § 1000 zustehende Zurückbehaltungsrecht berufen, was seine Verurteilung zur Herausgabe Zug um Zug zur Folge hat (§ 274). Die Ansicht, daß sich bereits aus den §§ 37, 59 Nr. 3 K.O. ein Recht zur Zurückbehaltung ergeben soll, ist nicht zu billigen. Der Anfechtungsgegner hat ledig-

[123]) A. Ansicht Schlegelberger, a. a. O. S. 189.

[124]) So Jaeger, § 37 Bem. 12; anderer Ansicht Wolff, a. a. O. S. 124; Levy, a. a. O. S. 63 ff.

lich einen Masseanspruch nach § 59 Nr. 3 K.O. Das Zurückbehaltungsrecht ergibt sich erst nach § 1000.[125])

Die Betrachtungen über die besonderen Wirkungen des behandelten Zurückbehaltungsrechts haben gezeigt, daß es sich in der Zwangsvollstreckung durchsetzt. Dagegen erlischt es in der Zwangsversteigerung, und im Konkurse gewährt es nur unter den Voraussetzungen des § 49 Nr. 3 K.O. ein Recht auf abgesonderte Befriedigung. Diese gesetzliche Regelung kann manchmal zu Unbilligkeiten führen.

---

[125]) Mentzel, § 37, abweichend Jaeger, § 37 Bem. 12.

Literaturverzeichnis.

Baring: Aufwendungen, Verwendungen, Einrichtungen und ihr Ersatz, zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Geschäftsführung ohne Auftrag. Sächsisches Archiv für deutsches bürgerliches Recht, Bd. 14, S. 459 ff.

Biermann: Bürgerliches Gesetzbuch, Sachenrecht. 3. Auflage. 1914.

Bleyer: Die Konkursordnung für das Deutsche Reich. 3. Auflage. 1928.

Cosack-Mitteis: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. II. 7. und 8. Auflage. 1924.

Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts. 1900.

Dernburg: Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens. 4. Auflage. 1909.

Durchholz: Darf ein Immobiliarzwangsversteigerungsverfahren auf Einspruch eines Eigenbesitzers des Grundstücks eingestellt werden? Recht 1903, S. 468 ff.

Eckels: Der Verwendungsanspruch des Grundstücksbesitzers im Konkurse des Eigentümers und in der Zwangsversteigerung. Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat. Jahrgang 9, S. 201 ff.

Emmerich: Pfandrechtskonkurrenzen. Berlin 1909.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 9. Auflage. 1903.

Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. II, 1. 1926.

Fischer: Recht und Rechtsschutz. Eine Erörterung der Grenzgebiete zwischen Privatrecht und Zivilprozeß in Beziehung auf den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Berlin 1889.

Fischer-Henle: Bürgerliches Gesetzbuch. 13. Auflage. 1927.

Fischer-Schaefer: Die Gesetzgebung betreffend die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen. 2. Auflage. 1910.

Florey: Die Verwendungsansprüche des Besitzers nach dem deutschen bürgerlichen Gesetzbuch. Dissertation Leipzig 1904.

Förster-Kann: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 3. Auflage. 1926.

Friedenthal: Einwendung und Einrede in der Zivilprozeßordnung und dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Fischers Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß. Bd. I, Heft 5.

Geier: Der Begriff der Einrede nach B.G.B. Dissertation Jena 1901.

Gierke: Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Fischers Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß. Bd. I, Heft 4.

Grevel: Welche Rechte hat der Besitzer wegen Verwendungen gegen den Eigentümer? Dissertation Jena 1908.

Guttmann: Verzug und Zurückbehaltungsrecht im Hinblick auf den Besitzer. Dissertation Breslau 1927.

Hahn: Die gesamten Materialien zur Konkursordnung. Berlin 1881.

Hahn-Mugdan: Materialien zum Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung und zur Grundbuchordnung. Berlin 1897.

Hellwig: Anspruch und Klagrecht. Fischers Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß. Bd. 5, Heft 1.

Isay: Die Geschäftsführung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich. Fischers Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß. Bd. 6, Heft 1.

Jaeckel-Güthe: Kommentar zum Zwangsversteigerungsgesetz. 6. Auflage. 1929.

Jaeger: Kommentar zur Konkursordnung. 3. und 4. Auflage. 1913.

Krech-Fischer: Die Gesetzgebung betreffend die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen. 10. Auflage. 1929.

Kretzschmar: Das Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung. Leipzig 1904.

— Zur Bedeutung des im Bürgerlichen Gesetzbuch bestimmten Wegnahmerechtes. Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat. Jahrgang 6, S. 1 ff.

Langheineken: Anspruch und Einrede nach dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch. Leipzig 1903.

Lent: Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht und Zivilprozeß. Leipzig Bd. I, 1912, Bd. II, 1916.

Levy: Die Zurückbehaltungsrechte im Konkurse. Dissertation Heidelberg 1912.

Mentzel: Kommentar zur Reichskonkursordnung. 3. Auflage. 1928.

Morgenroth: Der Anspruch des Besitzers wegen Verwendungen. Dissertation Erlangen 1904.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Amtliche Ausgabe. Berlin 1888.

Oertmann: Bürgerliches Gesetzbuch. Bd. II, 1. 5. Auflage. 1928.

— Dingliche und persönliche Herausgabeansprüche. Iherings Jahrbücher, Bd. 61, S. 44 ff.

Petersen-Kleinfeller: Konkursordnung für das Deutsche Reich. 4. Auflage. 1900.

Planck: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 4. Auflage.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1897.

Raape: Gebrauchs- und Besitzüberlassung. Iherings Jahrbücher, Bd. 71, S. 97 ff.

Rappaport: Die Einrede aus dem fremden Rechtsverhältnis. Berlin 1904.

Reichsgerichtsräte: Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts. 6. Auflage. 1928.

Reinhard: Die Auflassungsvormerkung in der Zwangsversteigerung. Gruchots Beiträge, Jahrgang 62, S. 319 ff.

Reinhard-Müller: Das Zwangsversteigerungsgesetz. 2. Auflage. 1929.

Rieger: Das Zurückbehaltungsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Dissertation Tübingen 1901.

Rosenberg: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 2. Auflage. 1929.

Scherk: Die Einrede aus dem Recht zum Besitz gegenüber dem Eigentumsanspruch auf Herausgabe der Sache. (§ 986 I B.G.B.) Iherings Jahrbücher, Bd. 67, S. 301 ff.

Schlegelberger: Das Zurückbehaltungsrecht. Fischers Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß. Bd. 12, Heft 1.

— Die Wirkung des Zuschlages auf das Zurückbehaltungsrecht des Besitzers. Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat. Jahrgang 6, S. 553 ff.

Schlemmer: Der Herausgabeanspruch des Eigentümers. Dissertation Marburg 1914.

Schoenenberg: Die Voraussetzungen der in § 273 Absatz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuches geschaffenen Retentionsbefugnis. Dissertation Gießen 1900.

Schollmeyer: Recht der Schuldverhältnisse. München 1900.

Scholz: Der Verwendungsanspruch des Grundstücksbesitzers in der Zwangsversteigerung und im Konkurse. Dissertation Greifswald 1909.

Seuffert: Deutsches Konkursprozeßrecht. Leipzig 1899.

Siber: Der Rechtszwang im Schuldverhältnis. Leipzig 1903.

— Die Passivlegitimation bei der rei vindicatio als Beitrag zur Lehre von der Aktionenkonkurrenz. Leipzig 1907.

Stammler: Die Einrede aus dem Rechte eines Dritten. Festgabe für Heinrich Dernburg. Halle 1900.

Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 9. Auflage. Bd. II, 1. 7.—8. Auflage.

Stein-Jonas: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. Bd. II. 14. Auflage. 1929.

Steinbach: Die Ansprüche wegen Verwendungen nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches. Dissertation Erlangen 1897.

Suppes: Der Einredebegriff des Bürgerlichen Gesetzbuchs in seiner praktischen Bedeutung. Dissertation Leipzig 1902.

Sydow-Busch: Konkursordnung und Anfechtungsgesetz. 11. Auflage. 1911.

Thon: Die rechtsverfolgende Einrede. Iherings Jahrbücher, Bd. 28, S. 37 ff.

von Normann: Konkursordnung. Berlin 1926.

Warneyer: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Bd. I, 1923; Bd. II, 1927.

Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts. 9. Auflage. 1906.

Wolff: Das Recht zum Besitze. Festgabe für Koch. Berlin 1903.

Th. Wolff: Das Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung. Leipzig 1904.

— Das Zurückbehaltungsrecht im Konkurse. Leipziger Zeitschrift 1908, S. 36 ff., 107 ff.

Zitelmann: Ausschluß der Widerrechtlichkeit. Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 93, S. 1 ff.

Paragraphen ohne Angabe des Gesetzbuches entstammen dem B.G.B.

Lebenslauf.

Ich wurde am 28. September 1906 in Köln a. Rh. als Sohn des Oberstadtsekretärs Franz Klug und seiner Ehefrau Selma, geb. Hauffe, geboren.

Von Ostern 1913 ab besuchte ich das Realgymnasium zum heiligen Geist in Breslau, wo ich Ostern 1925 die Reifeprüfung bestand. Ich widmete mich dann an den Universitäten Breslau, Leipzig und Heidelberg dem Studium der Rechtswissenschaft. Am 21. Juni 1929 bestand ich in Breslau die erste juristische Staatsprüfung. Seit dem 1. September 1929 stehe ich im juristischen Vorbereitungsdienste.

Heinrich Klug.